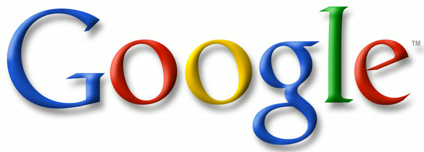
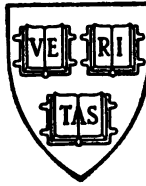



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 178 301


VE
RI
TAS

NETHERLAWDS

EEN ONDERZOEK NAAR DEN RECHTSGROND DER SCHADEVERGOEDING DOOR G. W. J. BRUINS.

PROEFSCHRIFT.

EEN ONDERZOEK NAAR DEN RECHTS-GROND DER SCHADEVERGOEDING.

EEN ONDERZOEK NAAR DEN RECHTSGROND DER SCHADEVERGOEDING.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE LEIDEN,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

Dr. W. EINTHOVEN,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER GENEESKUNDE,

VOOR DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE VERDEDIGEN

OP

VRIJDAG 15 JUNI 1906,

DES NAMIDDAGS TE 4 UUR,

DOOR

GIJSBERT WEIJER JAN BRUINS,

GEBOREN TE ZUTPHEN.

's-GRAVENHAGE

MOUTON & Co.

1906

AAN MIJNEN VADER.

Er zijn misschien weinig onderdeelen van het civiele recht, waar in den laatsten tijd zóóveel over geschreven is, waar zóóveel nieuwe gezichtspunten geopend zijn als het leerstuk der Schadevergoeding en meer speciaal de vraag naar den rechtsgrond ervan. En mag ook de toevloed van geschriften in de laatste 8 jaren wat verminderd zijn, dan is dit wel hoofdzakelijk toe te schrijven aan het definitieve totstandkomen van het nieuwe Duitsche bürg. Gesetzbuch in 1896, waardoor het vraagstuk althans voorloopig weer enkel academisch belang heeft gekregen. Verre is het er echter vandaan, dat men tot eene algemeen aangenomen doctrine, of zelfs maar overheerschende opvatting zou zijn gekomen.

Deze voornamelijk in de Duitsch-sprekende landen gevoerde strijd heeft zich ten onzent slechts luttel doen voelen. Prof. LAND wijdt in zijne monografie over Onrechtmatige daad, 1895, aan de toen trouwens nog niet zijn hoogtepunt bereikt hebbenden strijd eenige bladzijden. In 1896 verscheen te Leiden eene dissertatie van MR. J. LAST, die zich bepaalde tot eene nadere bespreking van een

drietal der in het geschrift van UNGER verzamelde onderwerpen. Eene meer algemeene beschouwing geeft MR. P. SCHOLTEN in zijne te Amsterdam in 1899 verdedigde dissertatie, die echter, wat ons vraagstuk aangaat, enkel tot een negatief resultaat komt. Verder bepaalt Prof. SIMONS in zijn artikel „Ons burgerlijk Delictsrecht" in Themis 1902 zich tot enkele verspreide opmerkingen, terwijl ten slotte MR. STRUYCKEN in zijne in 1903 te Leiden verdedigde dissertatie op bl. 158—161 deze strijdvraag enkel vermeldt.

Met het oog hierop leek het mij geene nuttelooze bezigheid het vraagstuk naar den Rechtsgrond der Schadevergoeding aan eene nadere beschouwing te onderwerpen en te trachten op de reeds door anderen verkregen resultaten een weinig voort te bouwen.

Nu ik genaderd ben tot de voltooiïng van mijn proefschrift rust nog op mij de aangename taak U, hooggeachten promotor, Prof. VISSER VAN IJZENDOORN dank te zeggen voor de welwillende wijze waarop U mij steeds uwe hulp en medewerking hebt verleend.

INHOUD.

Opgave der speciale Litteratuur, in dit geschrift meermalen en verkort geciteerd.

Mr. P. J. M. Aalberse. Oneerlijke concurrentie en hare bestrijding volgens het Nederlandsche recht. Ac. Pr. Leiden 1897.

K. Binding. Die Normen und ihre Übertretung I 2e dr. 1890.

W. von Blume. Kritiek over R. Merkel: Kollision rechtm. Interessen, in: Kritische Viertelj. Schrift. 1896. bl. 199 v.

Mr. H. H. Boas. De rechten der verzekerden krachtens de Ongevallenwet 1901. Ac. Pr. Amsterdam 1905.

Th. Brett. Commentaries on the present Laws of Engenland. I 2e dr. 1891.

Mr. P. R. Feith. Over de leer der Culpa in de verbintenissen. Ac. Pr. Utrecht 1859.

R. Jhering. Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. Eine Festschrift 1867.

L. Josserand. De la responsabilité du fait des choses inanimées 1897.

E. Jung. Delikt und Schadensverursachung 1897.

Mr. H. J. Kist. De verbindtenissen die uit onrechtmatige daad ontstaan. Ac. Pr. Leiden 1861.

Mr. N. K. F. Land. Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad 1896.

Mr. H. van Lennep. Een onderzoek naar den rechtsgrond der aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten veroorzaakt. Ac Pr. Amsterdam 1895.

Emm. Levy. Responsabilité et contrat in Revue Critique de Legisl. et de Jurispr. 1899 bl. 361 v.

K. Linckelmann. Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem b.G.b. für das Deutsche Reich 1898.

F. von Liszt. Die Deliktsobligationen im System des b.G.b. 1898.

E. Loening. Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten 1879.

V. Mataja. Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie 1883.

J. Mauczka. Der Rechtsgrund des Schadenersatzes auszerhalb bestehender Schuldverhältnisse 1904.

A. Merkel. Juristische Encyclopaedie 1885.

R. Merkel. Die Kollision rechtmäsziger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäszigen Handlungen 1895.

Léon Michel. La responsabilité civile des patrons envers les ouvriers et la loi du 9 Avril 1898 in Revue Critique etc. 1901 bl. 592 v., 1902 bl. 22 v.

Mr. W. L. P. A. Molengraaff. De oneerlijke concurrentie voor het Forum van den Nederlandschen rechter enz. in Rechtsgeleerd Magazijn 1887 bl. 373 v.

L. Pfaff. Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österr Recht. Gutachten zum österr Advokatentage 1880.

Mr. J. R. Roelfsema. De beteekenis der woorden „onrechtmatig" en „schuld" in art. 1401 B. W. Ac. Pr. Groningen 1893.

Mr. K. A. Rombach Jzn. Bijdrage tot de Internationale Regeling van het materieele aanvaringsrecht. Ac. Pr. Leiden 1903.

G. Rümelin. Culpahaftung und Causalhaftung in Archiv für die civ. Praxis 1891 bl. 285 v.

M. Rümelin. Der Zufall un Recht. Akademische Antrittsrede 1896.

Dezelfde. Die Gründe der Schadenszurechnung 1896.

Dezelfde. Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht Archiv fur die civ. Praxis 1900 bl. 171 v.

Ch. Sainctelette. De la Responsabilité et de la Garantie 1884.

R. Saleilles. Les accidents de travail et la responsabilité civile 1897.

M. Sauzet. De la responsabilité du patron vis-á-vis des ouvriers dans les accidents industriels, in Revue critique etc. 1883.

M. Scherer. Die Gesetzgebung des deutschen Reichs I Bd. VII b. Gb. § 241—853, 1899.

Mr. P. Scholten. Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad. Ac. Pr. Amsterdam 1899.

Dezelfde. De Causaliteitsvraag in het leerstuk der schadevergoeding buiten contract in Rechtsgel. Mag. 1902 bl. 265 v., 414 v.

Mr. D. Simons. Ons burgerlijk delictsrecht in Themis 1902 bl. 6 v.

W. Sjögren. Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung in Jherings Jahrbucher für die Dogmatik des heut. Röm. und deutschen Privatrechts 1896 bl. 343 v.

M. A. Sourdat. Traité géneral de la Responsabilité 2 dln. 5e druk 1902.

E. Steinbach. Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschaden 1888.

Mr. A. A. H. Struycken. Het Rechtsbegrip, Theoretische Onderzoekingen. Ac. Pr. Leiden 1903

E. Tarbouriech. La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail 1896.

Mr. W. Thorbecke. Iets over de verbindtenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad Ac. Pr. Leiden 1867.

J. Unger. Handeln auf eigene Gefahr 2e druk 1893.

R. Weyl. System der Verschuldensbegriffe im b. Gb. 1905.

F. Wharton. A Treatise on the Law of Negligence 1874.

INLEIDING.

> Non ut ex regula ius sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.
> l₁ D 50.17.

Indien er iets is geweest, wat sedert den bloeitijd van het Romeinsche recht den ontwikkelingsgang der Rechtswetenschap bij meerdere speciale leerstukken belemmerd heeft, dan is dit wel geweest de uitsluitend d e d u c t i e v e methode der latere juristen. Immers waar de waarde dezer methode geheel afhankelijk is van de waarde der vooropgestelde algemeene beginselen, is het eensdeels te begrijpen dat de latere juristen in hunne onbegrensde vereering voor het Romeinsche rechtssysteem deze methode tot de hunne maakten, doch is het anderdeels evenzeer duidelijk dat in die gevallen, waar de grondbeginselen van het Romeinsche recht niet die universeele beteekenis hebben, die men hun wel toedacht, ook de deducties uit die beginselen verre van bevredigend zullen zijn.

Een voorbeeld hiervan is naar veler meening het leerstuk der schadevergoeding, waarmee ik mij in de volgende

bladzijden zal bezighouden. Het zij mij vergund eerst het beginsel, dat de Romeinen en te velen na hen bij dit onderwerp met de uiterste consequentie doorgevoerd hebben eenigszins nader te bezien, om daarna langs zuiver inductieven weg den rechtsgrond der schadevergoeding te trachten te vinden. De zeer groote bezwaren hieraan verbonden ontveins ik mij niet en maar al te wel ben ik mij ervan bewust dat ik aan de twee voornaamste eischen der inductieve methode slechts in geringe mate kan voldoen. Immers indien een inductief betoog eenige waarde wil hebben moet het vooreerst zich gronden op een zoo breed mogelijke basis van positieve gegevens, wat op zich zelf reeds eene belezenheid en bronnenkennis onderstelt dle niet mijner is. Gelukkig wordt deze taak verlicht door den arbeid van meerdere rechtsgeleerden, onder welke wel voornamelijk UNGER [1]) genoemd mag worden. In de tweede plaats is noodzakelijk dat de verzamelde stof zoo objectief mogelijk gewaardeerd worde, wat in het algemeen reeds moeilijk is doch vooral bij dit onderwerp een zeer zware eisch is; de geheel uiteenloopende opvattingen, die wij in den loop van dit geschrift zullen aantreffen, mogen hier een sprekend bewijs van zijn! En dit is niet zoo verwonderlijk; immers het is niet te ontkennen dat het leerstuk der schadevergoeding in de laatste 20 jaar vooral in een soort overgangstoestand verkeert, zoodat van gevestigde overtuigingen geen sprake meer kan zijn, doch men veeleer geraakt tot vrij vaag omlijnde tendenzen, wîer einddoel en levenskracht uitteraard voor geen objectieve bepaling vatbaar zijn, doch geheel aan subjectieve waardeering moeten worden overgelaten. Zoo ergens, moet hier dus wel een beginneling te kort schieten! Of daartegenover misschien bij hem meer kans bestaat, dat hij zich niet door vroeger algemeen

[1]) Handeln auf eigene Gefahr. IHER. Jahrb. Bd. 30 In 1893 is een vermeerderde herdruk in boekvorm verschenen, waarheen in het vervolg verwezen zal worden.

geldende beginselen zal laten beïnvloeden en er aldus bij hem minder vooringenomenheid — hoe onwillekeurig deze ook zijn moge — te verwachten is, durf ik niet te beslissen. Ik moet er mij toe bepalen te verklaren, dat ik altijddoor naar zoo groot mogelijke objectiviteit gestreefd heb.

Na aldus eenen feitelijken grondslag gezocht te hebben, moge volledigheidshalve eene korte opsomming volgen van eenige nieuwere schrijvers en hunne theorieën — waarna ten slotte eene eigene opvatting, voorzoover ik er eene heb meenen te vinden, zal worden uiteengezet. Dat dit onder de meeste reserve geschiedt behoeft na het bovenstaande geen betoog!

Door aldus de stof te verdeelen meen ik het zuiverst de inductieve methode te kunnen toepassen, terwijl ik tevens hiermee het, althans in mijn eigen oog, groote voordeel bereik dat dit geschrift eene getrouwe afbeelding wordt van de wijze waarop en de volgorde waarin ik de verschillende onderdeelen heb bestudeerd.

Alvorens nu tot mijn eigenlijk onderwerp over te gaan lijkt het mij dienstig eerst over eenige nauw verwante quaesties uit het leerstuk der schadevergoeding een paar opmerkingen te maken.

Allereerst dan de begrippen „schade" en „schadevergoeding" zelve — woorden die ook in de gewone spreektaal voorkomen en eene constante beteekenis hebben.

Schade dan is iedere vermindering in alles wat dient tot bevrediging onzer behoeften in den ruimsten zin, dus zoowel van onze materieele, als immaterieele behoeften. [1])

Komt nu al deze schade in rechte voor vergoeding in aanmerking of bestaat er een speciaal begrip „schade" in juridischen (technischen) zin? Hierover bestaat veel

---

[1]) Definieering van het begrip schade als vermogensvermindering lijkt mij enkel het verplaatsen en tevens vergrooten der moeilijkheid, door binnenhalen van het begrip „vermogen", zie Land bl. 34—36 noot.

verschil van opvatting. Men is het er over eens dat ieder materieel nadeel onder voor vergoeding in aanmerking komende schade valt. Ook het Romeinsche recht ging bij de lex AQUILIA niet verder. IHERING [1]) heeft echter afdoende aangetoond hoe hier de actio iniuriarum eene aanvullende rol speelde. De omtrent ons recht veelal gehuldigde opvatting is, dat schade in 1401 B. W. enkel bedoelt materieele schade [2]). In de artt. 1407 v. zouden dan de speciale gevallen van vergoeding van niet-materieele schade geënumereerd zijn.

Waar het echter minder om directe wetsuitlegging te doen is, blijken de meeste schrijvers van den lateren tijd uitbreiding van het begrip schade te verlangen [3]); evenwel — alweer niet zonder tegenspraak [4]). Naast het argument, dat in vele gevallen herstel door toekenning eener geldsom onmogelijk is, iets wat ook voorstanders der verruiming geredelijk toegeven, is het hoofdargument echter de moeilijkheid eener schatting, de onmogelijkheid om eenen objectieven, dus in de wet neer te leggen, maatstaf te vinden. Dus, luidt de conclusie, in zoodanig geval geen schadevergoeding, aangezien zooveel overlaten aan het subjectief oordeel van den rechter zou strijden tegen de heerschende opvatting van zijne positie tegenover privaatrechtelijke speciaal vermogensrechtelijke verhoudingen, en tevens leiden zou tot gemis aan rechtszekerheid. Deze doctrinaire overwegingen, die wij maar al te dikwijls

---

[1]) Jher. Jahrb. Bd. 23: Rechtsschutz gegen iniuriosen Rechtsverletzungen.

[2]) Zie o. a. DIEPHUIS XI, bl. 84. In omgekeerden zin de Fransche jurisprudentie over art. 1381 Cc: SOURDAT I n. 33—35 die zich zelf ook eenen voorstander der ruime opvatting toont.

[3]) Aldus UNGER in Grünh. Z. 1881, waar hij bl. 229 „ohne Bedenken bejaht" dat „moralische Schaden, die Schmerz der Seele, en ideëlle Schaden" vergoed moeten worden. Verder DEGENKOLB Arch. civ. Pr. Bd. 76: Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes. Ten onzent b.v. DRUCKER R. M. 1889, Bescherming van rechten die niet op geld waardeerbaar zijn II bl. 369 v.

[4]) LAND 142—157.

zullen ontmoeten, hoop ik nog nader te bespreken. Het is hier voldoende er op te wijzen dat de legislatieve praktijk der laatste jaren althans bij dit onderwerp eene doorgaande weerlegging dezer beweringen vormt [1].

Het begrip „schadevergoeding" is nu tevens duidelijk. Het is het zooveel mogelijk te niet doen van de vermindering aan behoeftenbevrediging, waarin de schade bestond; het verschaffen van iets gelijkwaardigs. Dit gelijkwaardigs kan bestaan hetzij in teruggave der zaak of eener diergelijke zaak of hoeveelheid zaken, hetzij in verschaffen eener aequivalente geldsom [2]. Hier verder op ingaan is natuurlijk, zoolang de schadevergoeding haar functie van opheffing der geleden schade slechts behoudt, voor een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding geheel onnoodig.

Naast deze meer volledigheidshalve aangeduide quaesties bestaat er in het leerstuk der schadevergoeding nog een vraagpunt, dat in veel directer verband staat tot den rechtsgrond der schadevergoeding. Immers wil een onderzoek naar den rechtsgrond een antwoord trachten te vinden op de vraag: aan welke vereischten eenige gebeurtenis voldoen moet om den primair door de schade getroffene het recht te geven deze op eenig ander persoon te ver-

---

[1]) Zie bv. d.b.Gb. § 843 l. 2 dat den rechter „nach den Umständen" de schade laat bepalen. § 1300 geeft in het daar behandelde geval „wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Enschädigung in Geld". Zoo art. 51 Schw. Obl, R. dat zoo algemeen mogelijk zegt: Art. und Grösse des Schadenersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt in Würdigung sowohl der Umstände als der Grösse der Verschuldung. Zie ook de volgende artt. Nog ruimer is art. 1062 l. 2 van het Zwitschersche Entwurf eines Zivilgesetzbuches van 3 Maart 1905, dat kortweg dekreteert: Der Richter schätzt den Schaden nach seinem Ermessen.

[2]) Zie over deze twee soorten de zgn. „Naturalwiederherstellung" en de „Geldersatz" en het groote verschil tusschen beide de reeds aangehaalde studie van DEGENKOLB. Verder BINDING I² bl. 438v.

halen, zoo is het duidelijk, dat eene afdoende regeling van het schadevergoedingsrecht onmogelijk is, indien niet tevens klaarheid bestaat omtrent de vraag, in welk verband eene zoodanige gebeurtenis tot de geleden schade moet staan.

Men moet beginnen met deze vraagstukken geheel uit elkaar te houden [1]), wat te meer noodig is omdat, gelijk in den loop van dit geschrift nog meermalen blijken zal, ze zeer dikwijls verward en dooreen gehaald worden. Het is echter verre van mij de nauwe samenhang tusschen beide vraagstukken te willen ontkennen — ook deze moge verderop worden uiteengezet, ja ik hoop zelfs bij de bespreking van het schuldbeginsel er op te wijzen hoe eene zuivere toepassing van dit beginsel tevens de causaliteitsquaestie uitmaakt en althans een partij kiezen in den strijd der objectieve theorieën overbodig maakt.

Daar het evenwel tevens blijken zal dat de algemeene leer het schuldprincipe niet zoo zuiver opvat en er tevens legio gevallen zijn waar de aansprakelijkheid niet op schuld gebaseerd is, zoo is het hier wel de moeite waard kort mijn standpunt uiteen te zetten. [2])

Voornamelijke twee objectieve theorieën strijden om den voorrang. De eene is de in de Duitsche strafrechtswetenschap en jurisprudentie tegenwoordig vrij algemeen gehuldigde leer welke in iedere voorwaarde, ieder feit dus zonder hetwelk eenig gevolg niet was ingetreden, eene oorzaak ziet [3]). Oorzaak wordt hier dus enkel negatief gedefinieerd, zoodat over de onderlinge verhouding dier „oorzaken" wat hun kracht, hun mate van inwerken betreft,

---

[1]) Analoog voor het strafrecht: BIRKMEIJER, Ueber Ursachenbegrift und Kausalzusammenhang im Strafrecht bl. 3, die de scheiding tusschen de vraag van het causaalverband en die der schuld een „erste Bedingung einer richtige Lösung der Probleme" noemt.

[2]) Voor een zeer uitvoerige bespreking zie men MR. P. SCHOLTEN R. M. 1902: De causaliteitsvraag in het leerstuk der schadevergoeding buiten contract; verder de korte zeer heldere beschouwing van SIMONS bl. 17—34.

[3]) Voor het burgerlijk recht o.a. verdedigd door VON LISZT bl. 68 v.

niets wordt medegedeeld en men dus logisch komen moet tot gelijkstelling van alle oorzaken.

Niet enkel is dit met de werkelijkheid in flagranten strijd, gelijk iedereen direct inziet, maar het is ook in het d.b.Gb., dat overigens aan de quaestie geen speciale aandacht wijdt, met zoovele woorden tegengesproken. [1])

De tweede leer, bij welke ik voor het civiele recht mij zou willen scharen, is de zgn. leer der adäquate Verursachung, op zeer overtuigende wijze o. a. door RÜMELIN [2]) verdedigd. Volgens deze leer wordt eenige gebeurtenis dan en ook slechts in die mate als oorzaak van eenige ontstane schade aangemerkt als deze gebeurtenis, in verband met het complex van omstandigheden aanwezig op het moment van het plaatsgrijpen der gebeurtenis, naar algemeen menschelijke opvattingen tot schade had kunnen leiden. Bij deze overwegingen moet de rechter zich dus geheel verplaatsen in den toestand, aanwezig op het moment der gebeurtenis, en dus alle later plaatsgrijpende

---

[1]) § 254. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab., inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. Merkwaardig is hoe VON LISZT die in deze bepaling toch „im Grunde genommen ein Abfall" van zijn principe ziet, (bl. 81) toch tegen de m. i. ook vrij duidelijke woorden van § 252 in (bl. 71) zonder eenigen wettelijken grondslag durft beweren dat het b.Gb. zijn principe „grundsätzlich festgehalten hat"! Uitvoering Rümelin Arch. civ. Pr. 1900 bl. 307 v. Zie verder over den invloed der eigen schuld de dissertatie van Mr. VAN NIEROP „Eigen Schuld van den benadeelde", Amsterdam 1905. Merkwaardig is nog een arrest Cour de Cass. 22 April 1902. (D. 1904. 1. 358.): l'imprudence de la victime ne fait pas disparaitre la responsabilité, elle ne peut qu'atténuer.

[2]) M. RÜMELIN Arch. civ. Pr. 1900. Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf und Civilrecht. Wat de schrijvers ten onzent betreft lijkt SIMONS mij (bl. 30) al zeer dicht bij RÜMELIN te staan, terwijl SCHOLTEN een eenigszins afwijkende, doch op dezelfde gronden gebaseerde theorie aanhangt, bl. 452, 464v.

voorvallen die de schade vergroot, of haar ontstaanskans vermeerderd hebben, voorzoover deze voorvallen niet een normaal gevolg der reeds aanwezige omstandigheden zijn, buiten beschouwing laten en hunnen invloed wegdenken. Deze handelwijze van den rechter noemt RÜMELIN de nachträgliche objective Prognose.

Volgens deze leer zal men dus, indien eenige latere gebeurtenis de schade verhoogd heeft, door onderlinge vergelijking van de mate, waarin de primaire en deze latere gebeurtenis op het gevolg hebben ingewerkt, komen tot het beginsel der schadeverdeeling. Dit beginsel, dat wij verder nog wel meer ontmoeten zullen, hoort dus thuis in het leerstuk der causaliteit, gelijk trouwens § 254 d.b.Gb. [1]) voor eene speciale toepassing van dit beginsel heeft uitgedrukt.

Eene uitdrukkelijke paragraaf heeft echter, gelijk ik reeds meedeelde, ook het d.b.Gb., dat ontstaan is toen deze strijd ongeveer zijn culminatiepunt bereikte, er niet aan gewijd. Of dit getuigt van vertrouwen in den rechter dan wel van de opvatting dat deze strijd voor een zeer groot deel een academische is en de rechter in ieder speciaal geval ook zonder „theoretische Begründung" volgens zijn gezond verstand wel tot een zuiver resultaat zal komen, en dus uitdrukkelijke wetsbepalingen eer kwaad dan goed zouden doen, durf ik niet te beslissen. Dit is enkel zeker dat zoowel de Motive (ad § 250 Entwurf) als schrijvers [2]) en jurisprudentie er over eens zijn, dat in § 287 Civil ProzeszOrdung [3]) den rechter geheel de vrije hand gelaten wordt, ook wat de causaliteit aangaat. Merkwaardig is hiernaast, dat men zich in Frankrijk met deze quaestie

---

[1]) Zie vorige bl. noot 1.

[2]) DERNBURG. Schuldverhältnisse bl. 65. RÜMELIN. Arch. civ. Pr. bl. 291, 301 v.

[3]) Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung.

ongeveer niet ophoudt, terwijl de enkele malen dat onze jurisprudentie in dit opzicht aan eenige kritiek onderworpen is, dit geschiedde omdat zij zich had laten leiden door eene positieve wetsbepaling bij eene andere materie over deze quaestie handelend [1])! Wij kunnen dus ook deze korte beschouwing eindigen met dezelfde slotsom als onze paar woorden over het begrip schade: d.w.z. met een zeker niet zwakker argument voor de ruime bevoegdheid van den rechter.

Ten slotte volge nog eene begrenzing der te behandelen stof. Het is n.l. mijn plan om tot basis van mijn betoog enkel te gebruiken de regeling der schadevergoedingsplicht tusschen personen die in geen enkele andere verhouding tot elkander staan. Slechts dan, wanneer die verhouding weinig invloed op de regeling der schadevergoedingsplicht gehad heeft zal ik er wat nader op ingaan. Deze begrenzing heeft haar goede reden. Immers mocht ik er boven al op wijzen hoe moeilijk het zijn zal eenen goeden positieven grondslag voor mijn verder betoog te vinden, het is begrijpelijk dat daar, waar allerlei aan het specifieke schadevergoedingsrecht vreemde elementen mede hebben geleid tot de regeling, het ondoenlijk is deze te scheiden en de speciale beginselen van het schadevergoedingsrecht er uit te lichten. Ik meen goed te doen reeds nu deze restrictie te maken en hoop bij de bespreking der verschillende speciale gevallen hier nog nader op terug te komen.

---

[1]) nl. artt. 1283 en 1284 B. W. Zie Drucker R. M. 1890 bl. 582v over vonnis Rb. A'dam 18 Febr. 1890 W. 5853. Zie ook Simons bl. 27v. Scholten R. M. bl. 426v.

HOOFDSTUK I.

Grondslagen der algemeene schadevergoedingsactie.

In alle wetgevingen na en in navolging van het Romeinsche recht vindt men voor de gevallen van schadevergoeding buiten contract één hoofdregeling, waarvan de oorsprong te zoeken is voor een groot deel in de lex Aquilia, welke, eerst slechts van toepassing op het dooden van slaven en vee en op sommige gevallen van zaakbeschadiging [1]), allengs door uitbreidende interpretatie en analoge toepassing verruimd, ten tijde van de Justiniaansche codificatie de plaats van algemeene schadevergoedingsactie had ingenomen. [2])

Zoowel ten gevolge van den oorspronkelijken strafrechtelijke ontstaansgrond dezer actie — waarover nader — als van de Romeinschrechtelijke verdeeling der verbintenissen, behoorde deze tot de obligationes ex delicto.

In de Code vinden wij deze uitdrukking terug in het opschrift van boek III tit. 4, h. 2: des délits et quasidélits, onder welke uitdrukkingen men echter gansch iets anders

---

[1]) nl quod usserit, fregerit, ruperit iniuria. Cap. II der Lex Aq. kan hier buiten beschouwing blijven.

[2]) elk damnum iniuria datum, d.w.z. enkel materieele schade § 16 I 4,3 en tengevolge eener positieve handeling. l. 13 § 2 D. 7. 1. Zie uitgebreid WHARTON bl. 7v.

was gaan verstaan. [1]) De artt. 1382 en 1383 bevatten de algemeene regeling van het schadevergoedingsrecht.

In ons B. W. is dit aparte hoofdstuk en daarmee het opschrift vervallen terwijl boven de nu ongesplitste titel staat: van verbintenissen die uit kracht der wet geboren worden. De regeling in de artt. 1401 en 1402 stemt behoudens de invoeging van het woord „onrechtmatig" met die der Code overeen. [2])

Eene dergelijke algemeene regeling vindt men verder in het österr. allgem. bürg. Ges.b. § 1295 [3]) en in het Schw. Obl. R. art. 50. [4]) Het nieuwe Duitsche b. Gb. geeft in § 823—826 eene eenigszins meer gedetailleerde regeling waarvan § 823 [5]) echter het voornaamste deel

---

1) In navolging van POTHIER, die in „délit" zag „tout fait dommageable intentionnel" en „in quasidélit tout fait dommageable de pure imprudence". SOURDAT I. n. 412, 642. Hierom is het beroep van LAND op deze woorden voor zijne opvatting van onrechtmatig van weinig waarde.

2) Artt. 1151 en 1152 Ital. Code civ. zijn eene woordelijke vertaling der Fransche Code.

3) Jedermann ist berechtiget von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schaden mag durch Uebertretung einer Vertragsplicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

4) Wer einem Anden widerrechtlich Schaden zufügt sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit wird demselben zum Ersatze verplichtet. Gelijkluidend art. 1058 al. 1. Entwurf ziv. Gesb. van 3 Maart 1905. Men vergelijke § 1077 van het bij MAUCZKA bl. 173 aangehaalde Hongaarsche Ontwerp: Wer irgendein durch das Recht Geschütztes Interesse eines Anderen in widerrechtlicher und schuldbarer Weise verletzt... enz.

5) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstöszt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstosz gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

vormt. In het Engelsche en Amerikaansche recht vinden wij geen speciale regeling: het bepaalt zich tot eene directe overname van het Romeinsche recht. [1])

Al deze regelingen nu berusten op het Schuldprincipe, alle eischen culpa, faute, schuld, Verschulden, negligence in den schadetoebrengenden persoon. Een nader ingaan op dit begrip is dus hier niet misplaatst, te meer waar de meeste civielrechtelijke schrijvers over dit onderwerp in dezelfde mate het woord schuld gebruiken, waarin ze het begrip schuld negligeeren, althans de de subjectieve zijde van dit begrip. Enkel bij een tweetal criminalistische schrijvers die zich met dit civielrechtelijk onderwerp hebben ingelaten vindt men uitgebreidere beschouwingen. [2]) Deze stiefmoederlijke bejegening van civilistische zijde wordt nog verwonderlijker, waar al bij oppervlakkige beschouwing blijkt met welk een gecompliceerd begrip wij te doen hebben.

Reeds het gewone taalgebruik leert ons dat wij door schuld [3]) verstaan eenen subjectieven band tusschen eenig persoon „den schuldige" en eenige gebeurtenis. Men denke aan uitdrukkingen als: „ergens schuld aan hebben", „dit is zijn schuld." Het gevolg moet dus terug te voeren zijn tot eenige handeling van den schuldige en tevens moet het hem toegerekend kunnen worden. [4])

Allereerst dus eene handeling, dit woord genomen in den zin van bewust gewilde spierbeweging — men moet zich zijner gedraging, zijn al of niet ingrijpen bewust ge-

---

1) Zie WHARTON bl. 1—25.

2) VON LISZT en SIMONS. Eene uitzondering maakt het omvangrijke werk van WEYL, System der Verschuldensbegriffe im bGb, 1905, §§ 827—829 dbGb dwingen trouwens ook de overige Duitsche schrijvers van den laatsten tijd zich meer hiermede in te laten.

3) Zoowel wat beteekenis als taalkundigen oorsprong betreft zijn schuld en culpa onderling gelijk. Zie o. a. Mr. TICHELAAR Begrip en toepassing der culpa lata in het Rom. recht. 1885 bl. 11.

4) In dezen zin spreekt JHERING bl. 41 van „Handlung" als „Causalität der That im menschlichen Willen".

weest zijn. Eene handeling is dus de waarneembare uiting van eenen werkelijken wil. Waar geen wil bestaat, althans geen zich bewuste werkelijke wil, daar is dus van geen handeling sprake: bv. bij zeer jonge kinderen, bij lichaamsbewegingen in volkomen bewusteloozen toestand en bij zuivere reflex- en instinctieve bewegingen; al zullen deze laatste zeer moeilijk te onderscheiden zijn en zal meestal naast het zuivere instinct een min of meer bewuste wil de handeling tengevolge hebben gehad [1]). In het begrip wil ligt tevens het vereischte dat het aan den handelenden persoon moet gestaan hebben zijne handelingen niet of anders te plegen: hij moet zonder dwang zijnen wil hebben bepaald en wel in de eerste plaats zonder uitwendigen dwang [2]). Dat inwendige dwang — men denke aan handelingen noodzakelijk voor zelfbehoud, aan stelen uit honger, enz. — deze zelfde werking kan hebben, is niet twijfelachtig; de groote moeilijkheid is echter waar de grens te trekken! Eene verwijzing naar het strafrechtelijk leerstuk der overmacht is hier voldoende. [3])

Om schuld te kunnen hebben moet men echter niet enkel eene „handeling" kunnen plegen en ook in ieder speciaal geval plegen, niet enkel weten dat men wil maar tevens wat men wil, dus zoowel in 't algemeen als in

---

[1]) Evenmin dus bij dieren l. 1 § 3 D. 9. 1. Zie voor bewusteloosheid § 827 d.b.Gb. Het is de vraag of krankzinnigheid in die mate kan voorkomen dat men ook daar niet meer van handeling kan spreken. SIMONS bl. 16 v.

[2]) Uitwendig lichamelijk geweld heeft natuurlijk a fortiori dezelfde werking. Immers hier is de gedwongene enkel willoos werktuig in handen van den dwingende zoodat men veeleer van eene handeling van laatstgenoemde spreken moet.

[3]) Zij die op deterministisch standpunt staan en aannemen, dat de wil zelve de resultante is van alle uitwendige en inwendige invloeden die op en in den mensch werken zonder dat hem eenige van deze invloeden onafhankelijke macht tot wilsbepaling gegeven is, kunnen in dezen zin dus nimmer van eenen „vrijen wil" spreken. Een direct gevolg hiervan is dat bij hen tevens de moreele toerekenbaarheid vervalt en dus de ratio van het schuldprincipe. Zie SIMONS bl. 78.

ieder speciaal geval begrip hebben van de oeconomische beteekenis zijner handelingen, een voldoend inzicht in den invloed van eigen handelingen op den rechtstoestand van derden — kortom men moet toerekeningsvatbaar zijn. [1]) Dit onderstelt dus zekere intellectueele en sociale ontwikkeling, zoodat uitgezonderd moeten worden zij die deze ontwikkeling niet bezitten, hetzij door nog niet genoegzame ontwikkeling (kinderen), hetzij door niet genoegzame voor ontwikkeling vatbare vermogens (krankzinnigen) hetzij ten slotte door tijdelijke storing van eenige beteekenis. Tevens volgt hier echter uit — en de nadruk kan hier niet genoeg op gelegd worden — dat toerekeningsvatbaarheid en niet-toerekeningsvatbaarheid niet, gelijk de woordvorm zou doen vermoeden, tegengestelde, doch aanvullende begrippen zijn, wier grensscheiding zuiver eene quaestie van graad, dus van willekeur is en, door de onbestaanbaarheid van objectieve in de wet neer te leggen normen, in ieder speciaal geval geheel aan het subjectief oordeel van den rechter moet worden overgelaten. [2]) Als men hierbij nu nog bedenkt hoe allermoeilijkst het is, zelfs in het strafproces, over de intellectueele ontwikkeling van eenig individu een eenigszins zuiver oordeel te krijgen, en hoe dit dus in het burgerlijk proces — vooral in het

---

1) Iniuriae (culpae) capax, zurechnungsfähig. Deze eisch trekt dus feitelijk eenen kring binnen die van den bewusten wil, van het kunnen „handelen", welke dus zeer goed onbesproken had kunnen blijven, ware het niet dat sommigen bij hun pogingen tot uitbreiding van het schuldprincipe dit element der toerekeningsvatbaarheid willen laten vallen en enkel de Handlungsfähigkeit eischen.

2) Dat deze beide begrippen geheel aan elkaar grenzen en de plotselinge sprong van toerekeningsvatbaarheid tot niet-toerekeningsvatbaarheid dus wel wat groot is heeft o.a. de 29e Duitsche Juristendag (1904) er toe geleid zich te verklaren voor aanneming eener „geminderte Zurechnungsfähigkeit" als tusschentrap tusschen beide begrippen. Men zie ook het eerste der voor dit jaar in de Nederlandsche Juristenvereeniging aan de orde gestelde onderwerpen en de zoo even verschenen praeadviezen hieromtrent van den heer Deknatel, Mr. Verkouteren en Prof. Van Hamel.

onze! — vrijwel onmogelijk is, dan begrijpt men licht, dat hier stemmen opgaan, die eischen, dat de wet door het stellen van eene algemeene leeftijdgrens de moeilijkheid althans voor de kinderen radicaal zal oplossen, te meer waar deze eisch in overeenstemming is met de in de huidige praktijk der rechtswetenschap onmiskenbare tendenz tot generaliseering en objectiveering — tot het buiten beschouwing laten der individueele toevalligheden. [1]) Dat dit alles echter tot groote schade voor eene zuivere toepassing van het schuldprincipe geschiedt, behoeft wel geen betoog!

Al deze elementen moeten dus in den handelenden persoon vervuld zijn, wil men in hem van eenige schuld kunnen spreken. Opdat nu echter eenige speciale gebeurtenis hem kan worden aangerekend moet, gelijk wij reeds opmerkten, tusschen dezen persoon en de gebeurtenis eenig subjectief verband bestaan, en wel dit, dat de persoon in quaestie wist of althans moest weten, dat deze gebeurtenis uit zijne handeling moest of vrij zeker zou voortvloeien. En zoo komen wij aan de bekende onderscheiding tusschen opzet en schuld in engeren zin. Opzet (dolus, Vorsatz, dol) bestaat dan wanneer de persoon wist, dat uit zijn

---

[1]) In het corpus Juris bepaalt men zich er toe te verklaren, dat furiosi et infantes nimmer aansprakelijk kunnen worden gesteld, doch dat bij impubes onderzocht moet worden of ze iniuriae capax zijn l 5 § 1, 2 D 9, 2. De schrijvers over Code en B. W. nemen dit onveranderd over, zelfs de anders zoo uitvoerige SOURDAT I n 16—20, 416–419, 644. Over de afwijkende meening van DIEPHUIS, zie bl. 25 n. 2.

In het d.b.Gb. vinden wij precies hetzelfde in § 827 en 828; terecht verwijt dan ook VON LISZT bl. 51 v. aan het d.b.Gb. dat het door in § 828 bij personen van 7–18 jaar den rechter te laten onderzoeken of deze personen de „zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht" bezitten, de moeilijkheid niet heeft verminderd. Evenzoo SIMONS bl 67 v. § 828 stelt verder de doofstommen gelijk met de kinderen van 7–18 jaar. Over de merkwaardige § 829 zie bl. 24 v. Men vergelijke de regelingen in de verschillende strafwetten; ten onzent Swb. art. 37 v.

handeling eenig gevolg zou voortvloeien en hij deze toch gepleegd heeft. Of hij bovendien dit gevolg speciaal gewild moet hebben — de bekende in de strafrechtswetenschap spelende strijd tusschen de wils- en voorstellingstheorie — is voor het civiele recht van geen belang, aangezien zelfs bij de meest enge opvatting van het begrip opzet toch door de samenvoeging met „schuld" alle gevallen er onder begrepen zijn. [1]) Schuld (culpa, faute, allen in engeren zin, Fahrlässigkeit) bestaat dan wanneer de persoon had moeten weten, dat uit zijne handeling eenig gevolg zou voortvloeien. Welk gevolg moet dit nu zijn, welke is de gebeurtenis, die hem toegerekend moet kunnen worden? Het Romeinsche recht eischte damnun iniuria (sc. culpa) datum, zoodat hier de culpa zich moest richten op de schade zelve. Evenzoo 1382 Cc en 1401 B. W.: „door wiens schuld die schade veroorzaakt is." Hier moet dus ook de schuld gericht zijn op de schade. [2]) In het d.b.Gb. 823 daarentegen behoeft de schuld zich enkel uit te strekken tot de „Rechtsverletzung" en het „Verstosz gegen ein den Schutz einer Anderen bezweckendes Gesetz". Voor déze gevolgen eischt de wet dus enkel subjectieve toerekenbaarheid bij den dader, niet voor de „daraus entstehende Schaden". Het verband tusschen de Rechtsverletzung (c.q.

---

[1]) Enkel opzet staat in § 826 d.b.Gb. en het gelijkluidende art. 1058 l. 2 van het Zwitsersche ontwerp, dat echter evenals art. 50 Schw. Obl. R. minder zuiver is door het woord Absicht in plaats van Vorsatz te gebruiken, aangezien Absicht naar algemeene opvatting (WEIJL bl. 395, 418 v.) enkel slaat op die gevallen, waar eenige handeling gepleegd wordt juist met de enkele of nevenbedoeling eenig gevolg teweeg te brengen.

[2]) Evenzoo art. 50 Schw. Obl. R (= art. 1058 l. 1 Ontwerp) § 1294, 1295 österr. allg.b.Gb., art. 151 Ital. Cc. zie PLANIOL II n. 869. Ten onzent niet geheel zeker AALBERSE bl. 98, en zeer duidelijk SIMONS bl. 80 v. Merkwaardig zonder eenigen grond in omgekeerden zin SCHOLTEN R. M. bl. 423; voor de toepassing van eenige objectieve causaliteitstheorie is die zienswijze dan ook noodzakelijk, gelijk ik hoop aan te toonen.

het Verstosz gegen ein ... Gesetz) en de gevolgde schade kan dus geheel objectief gelegd worden. [1]) Het d.b.Gb. geeft dus hier gelegenheid (en men laat ze niet voorbijgaan!) om van het zuivere schuldprincipe af te wijken; immers, hangt men dit principe geheel aan en wil men dus alleen die schade laten vergoeden, die aan iemand werkelijk te wijten is, dan moet men ook die betrekking tusschen schuld en schade, dien subjectieven band tusschen den handelenden persoon en de toegebrachte schade zelve met zoovele woorden in de wet eischen.

Eene zuivere toepassing van het schuldprincipe — dit geldt voor de andere rechtssystemen — eischt dus dat de rechter zich alle omstandigheden aanwezig bij het plegen der handeling voorstelle en, in aanmerking nemend den invloed die zij op den persoon in quaestie moeten hebben uitgeoefend in verband met diens ontwikkeling, diens graad van toerekeningsvatbaarheid, naga of eenige schade werkelijk dezen persoon kan worden toegerekend; of hij werkelijk wist of had kunnen begrijpen dat deze schade uit zijne handeling zou voortvloeien. Het is dus zeer goed mogelijk dat in twee zuiver gelijke gevallen de eene persoon wel, de andere niet tot schadevergoeding moet veroordeeld worden. Eene zuivere toepassing van het schuldprincipe sluit dus de toepassing van iedere objectieve beoordeeling van het causaal verband ten eenenmale uit. De „subjective Voraussehbarkeit" geeft veeleer den doorslag. [2]) Het is

---

[1]) Zie over de twee voornaamste dezer objectieve theorieën boven bl. 5.

[2]) De eerste verdediger der adaequate Verursachungstheorie, Von Kries in het Vierteljahrschrift für wissensch. Philosophie Bd. 12: Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, stond ook op dit subjectieve standpunt. Vergelijk Rümelin Arch. civ. Pr. bl. 189. Anders ten onrechte Scholten R. M. bl. 450, die trouwens op het groote verschil tusschen de subjectieve en objectieve causaliteitstheorieën niet genoeg den nadruk legt. Pas Rümelin Arch. civ. Pr. en reeds eerder in zijn Antrittsrede bl. 45 v heeft de adaequate causaliteitstheorie van haar subjectieve kleur ontdaan.

begrijpelijk, dat wij aldus komen tot eene uitermate groote verzwaring van 's rechters taak, die bovendien lijnrecht indruischt tegen de boven bij de behandeling der toerekeningsvatbaarheid reeds genoemde objectiveerende en nivelleerende tendenz van den lateren tijd, welke wij nog wel meer zullen ontmoeten in verschillende vormen en onder verschillende namen, waaronder die van „objective Ausgleichung" en „ausgleichende Gerechtigkeit" wel het meest gevonden worden.

Het is dan ook geen wonder dat men voor de „subjective Voraussehbarkeit" de „generelle Voraussehbarkeit in de plaats wil stellen — wat trouwens jurisprudentie en littératuur immer reeds onbewust hebben gedaan. En hier kan men duidelijk zien hoe de negligeering van de bovenbesproken subjectieve elementen van het schuldbegrip zich wreekt. Immers een direct gevolg dezer veronachtzaming is, dat de heerschende doctrine alle individuen, zoolang ze maar niet kind of krankzinnig zijn, over een kam scheert. Van eene zuivere beschouwing der toerekeningsvatbaarheid als een graadbegrip heb ik behalve de reeds vermelde uitspraak der Duitsche juristendag, die trouwens nog niet veel beteekent, nergens een spoor kunnen vinden [1]). De algemeen geldende opvatting is, dat schuld in iemand bestaat niet, wanneer hij had kunnen begrijpen, dat uit zijne handeling schade zou voortvloeien, maar wanneer eenig abstract gefingeerd normaaltype dit had kunnen voorzien. Een direct gevolg, is dat alle personen met eene toerekeningsvatbaarheid van lager graad dan dat normaaltype dus zeer dikwijls tot schadevergoeding kunnen worden veroordeeld in gevallen, waar die schade hun niet kon worden toegerekend, waarin *zij* geen schuld hadden. Alleen dán zou het schuldprincipe zuiver van toepassing zijn, indien in het abstracte modeltype slechts de laagste graad van toereke-

---

[1]) Dit alles geldt natuurlijk enkel voor de civielrechtelijke litteratuur en jurisprudentie.

ningsvatbaarheid werd geëischt, wanneer dit type stond op den grens der niet-toerekeningsvatbaarheid en iedere toerekeningsvatbare dus minstens evenveel inzicht bezat [1]. Uit het vervolg zal evenwel blijken, dat men dit positief niet doet en dat alle definities in het modeltype minstens gemiddelde toerekeningsvatbaarheid eischen, velen zelfs eenen heel wat hoogeren graad [2]. Men moet ook de aldus geschapen mogelijkheid van veroordeeling tot schadevergoeding zonder werkelijke schuld vooral niet te gering achten, aangezien juist deze personen van lager toerekeningsvatbaarheid dan het modeltype dikwijls in schadetoebrengingen zullen vervallen, die een individu met eenen hoogeren graad van toerekeningsvatbaarheid zou voorzien en dus allicht zou vermeden hebben, doch die zij niet vermijden, eenvoudig omdat zij die niet kunnen voorzien, omdat ze daartoe te dom zijn. [3]

Onwillekeurig dringt zich nu bij ons de vraag op: Indien reeds nu door de aanneming van dat normaal-type — waarover straks meer — de grens der zuivere toerekenbaarheid zooveel hooger gelegd is, waartoe dient dan nog de afscheiding tusschen de toerekeningsvatbaarheid en niet-toerekeningsvatbaarheid? Waarom moet men de zoogenaamde toerekeningsvatbaren maar al te dikwijls aansprakelijk stellen terwijl van werkelijke subjectieve toerekening „moralisches Verschulden” geen sprake is, doch de niet-toerekeningsvatbaren vrij uit laten gaan? Indien

---

1) Merkwaardig is dit juist wat de Romeinsche juristen onder culpa lata verstonden: lata culpa est non intelligere quod omnes intelligunt. l 213 § 2, l 223 pr. D 50. 16.

2) Wij zullen zelfs gevallen ontmoeten waar de jurisprudentie, speciaal de Fransche, schuld aanneemt waar enkel de allerzorgvuldigste ja dikwijls zelfs deze de schade niet kon voorkomen.

3) Dit is ook gevoeld door Rümelin, Zufall bl. 24 waar hij vertelt dat „das Civilrecht einen Durchschnittstypus aufstellt und alle Abweichungen von demselben, gleichgiltig ob sie ein moralisches Verschulden involviren, ob sie auf manglender Willensanspannung oder manglender Intelligenz oder physischer Kraft beruhen, als Schuld bezeichnet.”

men er toe overgaat — en dit geschiedt, gelijk wij zien zullen, in navolging van het Romeinsche recht algemeen — om in het civielrechtelijk schuldbegrip een objectief element op te nemen in den vorm van het bewuste normaal-type, dan aanvaarde men ook de conclusie dat elke principieele grond voor de scheiding toerekeningsvatbaarheid — niet-toerekeningsvatbaarheid op een lageren trap dan het normaal-type vervalt. Het zij mij vergund in het laatste hoofdstuk van dit geschrift hierop verder in te gaan, hier wil ik er nog op wijzen, dat werkelijk van de aansprakelijkstelling van niet-toerekeningsvatbaren in de legislatieve praktijk meerdere voorbeelden te vinden zijn, voornamelijk in de door Germanistische ideeën beïnvloede wetgevingen. Het zal later blijken, dat naar veler oordeel deze aansprakelijkstelling in de Germaansche rechtssystemen geene toevalligheid is maar veeleer de toepassing van een algemeener, dieper liggend principe. Dat hierdoor de strijd tusschen de Romanistische strengere doorvoering van het schuldprincipe en deze Germanistische afwijking nog aan belangrijkheid wint, is licht in te zien.

Reeds in het oudste Germaansche recht bestond deze opvatting. [1]) Toch moeten wij hier niet te veel waarde aan hechten; immers ieder rechtsysteem gaat in zijne kindsheid enkel af op uiterlijke momenten. Gelijk het kind den steen slaat, waaraan het zich gestooten heeft, zoo doet het Recht in de eerste tijden. Het straft levenlooze zaken, dieren enz. en eischt ze op als een vergoeding voor de erdoor toegebrachte schade. Dit is niet enkel eene waarheid voor het oude Germaansche recht — het geldt gansch algemeen en met name in het oudste Romeinsche recht vindt men er ook de duidelijke sporen van. [2])

Pas op een vrij gevorderd stadium van ontwikkeling gaat een Recht ook de innerlijke momenten in aanmerking

---

[1]) Zie o.a. HEUSLER II bl. 267, DERNBURG Preuss. Privatrecht I bl. 272 v.

[2]) Zie zeer uitvoerig JHERING bl. 8 v.

nemen; zoodat een beroep op het oudste Germaansche recht hier van weinig beteekenis is. Meer waarde krijgt het beginsel echter in den tijd der talrijke Landrechten, de Saksenspiegel en zijne tijdgenooten. Immers deze rechtssysteemen nemen, waar zij het noodig oordeelen, wel degelijk de innerlijke hoedanigheden van den handelenden persoon in aanmerking. Dit blijke bv. hieruit dat in de verschillende strafbepalingen wel degelijk kinderen en krankzinnigen niet strafbaar verklaard worden. Hoe zuiver dit zelfs werd doorgevoerd, moge blijken uit het feit, dat, wanneer volgens eenig statuut tegelijkertijd straf en schadevergoeding geëischt kon worden, men tevens de restrictie vindt, dat tegenover niet-toerekeningsvatbaren de straf, doch deze alleen, vervalt. [1])

Hierna kwam evenwel de Receptie en met haar de groote, meestal overwegende invloed van het reeds zooveel meer ontwikkelde Romeinsche recht op de Germaansche rechtsinstituten. Het is dan ook geen wonder dat veel specifiek Germaansche rechtsopvattingen werden verstikt, doch merkwaardig is, dat de aansprakelijkstelling van kinderen en krankzinnigen, nog wel een van de meest markante verschillen, immer weer te voorschijn komt. En hierbij vindt het eenen bondgenoot in het Natuurrecht dat ook op het gebied van het schadevergoedingsrecht maar al te dikwijls gediend heeft om klaarblijkelijke afwijkingen van de algemeene leer te dekken door allerlei „natuurlijke" rechten of verplichtingen. Een uitnemend bewijs hiervan is het Westgalicische Ges.b. welk wetboek de eigenaardigheid heeft om naast de wetsbepalingen ook hun gronden — wij zouden nu zeggen de Memorie van Toelichting — in de wet op te nemen, een manier, die althans tegenover hen, die in latere tijden van een zoodanig wetboek hun studie willen maken, al zeer tegemoetkomend is. Zoo vertelt het ons dan ook

[1]) Aldus met uitvoerige bronnenvermelding HAMMER in n°. 19 van GIERKE's Untersuchungen.

in bk. I § 456, na in het algemeen kinderen en krankzinnigen aansprakelijk gesteld te hebben, dat dit instituut zich grondt op het „natürliche Vertheidigungsrecht" dat ook tegenover deze personen in onverzwakte mate blijft bestaan.[1]) Ook bij de voorbereiding van het österr. Allg. b.Gb. vinden wij deze zelfde argumenten.[2]) Toch stelt dit wetboek, dat overigens geheel op het schuldprincipe staat, niet met zoovele woorden kinderen en krankzinnigen aansprakelijk. De praktijk haalt het echter algemeen uit § 1310.[3]) In deze paragraaf komt tevens voor het eerst de plicht van den rechter om ook het vermogen van beschadiger en benadeelde in aanmerking te nemen, voor den dag. Het oudere Preuss. Landrecht I, 6, § 41 stelt kinderen en krankzinnigen ook met zoovele woorden aansprakelijk doch enkel voor „unmittelbare Schaden" en voor zoover men de ouders niet aansprakelijk kan stellen, terwijl bovendien aan het kind de middelen tot een „standesmässigen Erziehung" niet onttrokken mogen worden. Duidelijk is hier de klimmende invloed der Romanistische ideeën merkbaar in de theoretische achteruitzetting en behandeling als eene uitzondering — wat echter op de practische toepasbaarheid van het beginsel niet veel invloed heeft!

In de latere wetten wordt dit alles nog in versterkte mate voelbaar. Zoo geeft het Züricher Privatrechtsges.b. § 1835 „ausnahmsweise" den rechter de bevoegdheid kinderen en krankzinnigen, indien ze eigen vermogen hebben, geheel of gedeeltelijk aansprakelijk te stellen. In het Obl. R. art. 58 is deze wettelijke verwijzing naar het vermogen vervallen doch ingevoegd: „aus Rücksichten der Billigkeit" en in plaats van kinderen en krankzinnigen de ruimere term „nicht zurechnungsfähige Person" genomen, welke in het ontwerp 1905 art. 1067 uitgebreid is tot allen, die op het moment der schadetoevoeging „Urteilsfähigkeit" missen.

---

[1]) Zie uitvoerig Unger, Grünh. Z. 1881 bl. 231.

[2]) Aldus Pfaff bl. 54 v.

[3]) Zie Mauczka bl. 325 v. met uitvoerige aanhalingen van anderen.

Het merkwaardigst is wel de geschiedenis van dit beginsel in het zoo bij uitstek Romanistische d.b.Gb. [1]) waarvan, althans wat de ontwerpen betreft, juist naar aanleiding van de regeling van het schadevergoedingsrecht gezegd is dat het nog „weit hinter das Römische Recht zurückgegangen" was. [2]) In het Ie ontwerp was men dan ook consequent niet tot opname van eene dusdanige bepaling gekomen. Op aandrang van vele zijden was evenwel het IIe ontwerp hier wel toe over gegaan, maar dan ook zoo ruim mogelijk. Immers § 752 gaf in het algemeen in alle gevallen waar het overigens zuiver Romanistisch gebleven ontwerp Vorsatz of Fahrlässigkeit eischte den rechter de onbegrensde bevoegdheid, ook als deze factoren niet aanwezig waren, toch tot schadevergoeding te veroordeelen als n.l. „die Billigkeit nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten" het eischte en alweer mits hem de „Mittel zum standenmäszigen Unterhalte" niet ontnomen werden. Werkelijk, men moet als wetgever al in hooge mate het geloof in de eigen rechtsprincipes, speciaal in het schuldprincipe verloren hebben, om met zulk eene officieele onbruikbaarverklaring aan te durven komen! Het is dan ook zeer begrijpelijk dat de schrijvers al naar gelang hun oordeel over het schuldprincipe was, ook over deze officieele aanmoediging tot ontduiking ervan een min of meer gunstig oordeel uitbrachten! Naast uitdrukkingen als „genialen legatorischen Gedanken" is een uitmaken voor „Kautschukparagraph" e. a. meermalen te vinden. Volkomen juist in ieder geval noemt MERKEL bl. 133 het een „ganz unzulänglicher Notbehelf für ein manglendes Prinzip!" [3]) Door de vele tegenstand heeft men dan ook per slot van rekening in § 829 d.b. Gb. de bepaling, overigens gelijk

---

[1]) Men zie hiervoor JUNG bl. 4 en v. Ook en voornamelijk, over § 752 Entw II zeer uitgebreid MAUCZKA bl. 116 v.

[2]) Aldus o. a. RÜMELIN Gründe bl. 20, 71.

[3]) Zeer terecht LINCKELMANN bl. 16: „er bedeutet keine Lösung des Problems sondern einen Verzicht auf die Lösung".

luidend, enkel van toepassing verklaard op niet-toerekeningsvatbare personen. Dat de uitdrukking van MERKEL, al is 't dan op een kleiner gebied, toch evenzeer blijft gelden, hoeft geen betoog. [1])

Ten slotte vindt men deze aansprakelijkheid, echter ook subsidiair na die der met het toezicht belaste personen, in § 1778 van het Hong. Ontwerp.

Hoezeer deze aansprakelijkstelling dus ook als uitzondering wordt behandeld, opgenomen wordt ze toch! [2]) Juist het feit dat allen zeer goed inzien, welk eene uitzondering zij op het schuldprincipe is, hoe feitelijk het geheele subjectieve element van het civielrechtelijk schuldbegrip overboord wordt geworpen, en dat ze desniettegenstaande deze aansprakelijkheid toch opnemen, bewijst wel voor de kracht en levensvatbaarheid van dit beginsel! Door het te stempelen tot een „Ruïne des älteren germanischen Rechtssystems die in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberragt" of door een Schlagwort als „richesse oblige" kan men zich

---

[1]) Als curiosum zij vermeld dat HEINSHEIMER in het Arch civ. Pr. 1904 bl. 254 nog kans ziet te verklaren dat: § 829 d b.Gb. auf dem Boden der Verschuldung steht!"

[2]) In Frankrijk en ten onzent speelt deze quaestie in mindere mate. Enkel is te wijzen op een proposition van M. POURGUÉRY DE BOISSERIN c. s. in de Fransche Kamer 19 Febr. 1902 (Journ. Off. 1902 bl. 770) om in 1382 Cc. in pl. v. faute „fait" te lezen en als tweede al. toe te voegen: Le dément sera responsable civilement du préjudice par lui causé. Vóór aansprakelijkheid van kinderen en krankzinnigen is ook MICHEL Rev. Crit 1901 bl. 607. Hij wijst tevens op enkele vonnissen in deze richting b.v. Nancy D. 1900 2.349. Verder verkondigt DIEPHUIS XI bl. 85 de geheel alleenstaande meening dat „in art. 1401 niet staat dat de daad waardoor de schade is toegegebracht den gedaagde moet kunnen worden aangerekend", en dat dus kinderen en krankzinnigen ook aansprakelijk zijn. Over deze wat ons geldend recht aangaat op niets steunende bewering behoef ik wel niet veel te zeggen — ze is echter speciaal voor ons betoog uit een oogpunt van rechtsbewustzijn belangrijk. Dat DIEPHUIS' beroep op art. 1483 niet opgaat zet SCHOLTEN bl. 91 terecht uiteen. Men vergelijke de treffende beschouwingen van DESCHAMES Le dol et la faute des incapables Paris 1889 bl. 28—68.

dan ook niet uit de moeielijkheid redden! Even zonderling is wel de meening van SJÖGREN, wanneer deze de afwijking van het schuldprincipe tracht te motiveeren met de bewering dat deze aansprakelijkheid een correlaat is van de door genoemde personen genoten vrijheid, omdat men de krankzinnigen anders „in Fesseln schlagen würde" en den kinderen hun „Freiheit in engeren Schrancken" zou houden! Zelf voelt hij ook wel de merkwaardigheid dezer verklaring en voegt er dan ook bij dat het meer een uitzondering is die „auf die Rechnung der Rechtspraktikabilität zu schreiben ist". Men ziet licht in welke waarde men aan diergelijke verklaringen (?) moet hechten. In het vervolg van ons betoog zal ik nog gelegenheid hebben hierop terug te komen.

Eene verdere nieuwigheid, die wij in de latere wetten immer met deze aansprakelijkheid verbonden zagen, is het beroep op het wederzijdsche vermogen, althans een bevel aan den rechter om dezen niet-toerekeningsvatbaren schadetoebrenger ten minste het noodige levensonderhoud te laten. Ook dit wil ik hier slechts constateeren.

Naast deze aanspakelijkstelling van niet-toerekeningsvatbaren zij het mij vergund een paar woorden te wijden aan eene andere aansprakelijkstelling, waar evenmin van schuld in subjectieven zin sprake kan zijn: ik bedoel de rechtspersonen. Hun aansprakelijkheid wordt algemeen aangenomen. SOURDAT (II n. 1299) stelt haar als eene elementaire waarheid voorop en haalt verder nog eenige jurisprudentie aan, die zoowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke zedelijke lichamen, gelijk den Staat en zijne onderdeelen, in dit opzicht geheel met physieke personen gelijkstelt. [1]) Evenzoo ten onzent. [2]) Zeer duidelijk is b.v. het arrest H. R. 9 Mei 1902 W. 7766: „dat ook de staat

---

1) Evenzoo bv. PLANIOL II n. 881.

2) OPPENHEIM Gem. Recht 13² bl. 791. v. LENNEP bl. 38, evenzoo b.v. nog het arrest H. R. 24 Juni 1904 W 8041. Zie ook MR. VAN SCHAIK De overheid tegenover de artikelen 1401 en v. B. W. Utrecht 1905.

en zijne deelen als overheid onrechtmatige daden kunnen plegen en wegens dusdanige handelingen in rechte aansprakelijk zijn.

In Oostenrijk is de practijk geheel dezelfde. [1]) Merkwaardig zijn hier de bewoordingen van de Oostenrijksche spoorwegwet van 1869 die in § 1 zelfs met zoovele woorden van een „Verschulden der Unternehmung" spreekt. [2]) In Zwitserland is in het Obl. R art. 62 de juridieke persoon aansprakelijk gesteld voor culpa in eligendo terwijl in het nieuwe ontwerp in art. 62 de rechtspersonen in het algemeen geheel met den physieken gelijk wordt gesteld. Ook § 31 d.b.G.B. stelt een „Verein" in het algemeen aansprakelijk. [3])

Wat de aansprakelijkheid van den staat in deze landen aangaat, valt te vermelden dat in principe de latere schrijvers [4]) zeer zijn voor volledige aansprakelijkheid. De praktijk gaat overigens niet zoover, wat een gevolg is van het feit, dat bij de aansprakelijkstelling van den Staat zoovele andere motieven met de zuivere principieele samenwerken. Ik behoef slechts te wijzen op de vrees, dat eene algemeene aansprakelijkheid de goede werking van den Staat te veel belemmeren zou enz., waarbij dan nog beroepen op een vermeend hoogheidsrecht van den Staat, een buiten de wet staan enz. zich komen voegen. [5]) In

---

[1]) Mauczka bl 367 met aanhaling van arresten.

[2]) Men vergelijke een vonnis Rb. A'dam 17 Maart 1905 W. 8266, waar de aansprakelijkheid eener Naaml. Venn. voor hare directeuren, die hunne bevoegdheid hadden overschreden, werd vastgesteld: „omdat alsdan de schuld der Vennootschap bestaat in het kiezen van onbetrouwbare personen voor hare gemelde vertegenwoordiging." Men zie de volgende bladzijden.

[3]) Zie § 43 Hong. Ontwerp bij Mauczka bl. 365. Men zie ook de verschillende Zwitsersche en Duitsche Haftplichtgesetze.

[4]) Zie o.a. Steinbach bl. 85, Loening bl. 86, Mauczka bl. 218 noemt haar „unbedingt geboten", met aanhaling van § 1790 Hong. Ontwerp dat een algemeene aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke lichamen vestigt.

[5]) Zie o.a. uitvoerig over deze praktische bezwaren Land bl. 189-191.

het Engelsch-Amerikaansche recht blijkt dit bv. uit een serie Amerikaansche vonnissen door WHARTON bl. 237 aangehaald, die alle een gemeente voor „negligence in performance of discretionary functions" niet aansprakelijk stellen. Als algemeene regel van deze beide rechtssystemen geldt echter (WHARTON bl. 242) dat „private corporations are generally subject to the same liabilities for negligence as are individuals", wat naar de Engelsche staatsidee overigens in geheel dezelfde mate voor publiekrechtelijke corporaties geldt.

De meeste schrijvers, indien ze er nog iets verder op ingaan, wijzen er op, dat in hun oog deze aansprakelijkheid zeer logisch is. Immers — zoo redeneeren zij — waar deze personen geheel en al juridische ficties zijn, is het niet meer dan billijk dat zij, indien men hun dezelfde rechten en bevoegdheden als private personen geeft, ook aan dezelfde verplichtingen onderworpen zijn, met name op gelijke wijze aansprakelijk worden gesteld. [1]) Het lijkt mij niet ondienstig, deze op het eerste gezicht zeer plausibele redeneering wat nader te beschouwen. En dan moeten wij ons allereerst de gevallen voor den geest halen, waarin een rechtspersoon aansprakelijk kan gesteld worden. Dit is enkel mogelijk voor schade door bezittingen of door ondergeschikten toegebracht. Men kan nu op twee verschillende wijzen voor deze beide categorieën aansprakelijk worden gesteld; óf absoluut voor alle schaden door beide groepen toegebracht óf alleen dan, wanneer den aansprakelijken persoon zelf schuld treft, hetzij doordat hij zijne bezittingen niet goed heeft verzorgd, hetzij doordat hij geen goede ondergeschikten genomen heeft. [2]) Hangt men nu de eerste wijze van aansprakelijkstellen aan, is dus in eenige wet eene absolute aansprakelijkheid aangenomen, dan bestaat er ook bij de aansprakelijkstelling der rechtspersonen

---

[1]) Aldus om eenige te noemen GIERKE, Genossenschaftstheorie bl. 603 v. JUNG bl. 150—168, LINCKELMANN bl. 119 v. LEVY Rev. Crit. 1899 bl. 366. OPPENHEIM Gem. Recht I[3] bl. 791.

[2]) Over deze beide mogelijkheden zie het volgend hoofdstuk.

geen moeite. Staat men echter op het tweede standpunt dan komt men met de rechtspersonen in het gedrang. Immers een rechtspersoon, een fictie, *kan* geen schuld hebben, kan nooit zelve verantwoordelijk gesteld worden. Enkel zijn organen kunnen schuld hebben, deze alleen kunnen slecht zorgen voor zaken en slechte personen uitkiezen, nimmer de rechtspersoon zelf. De laatste stap de aansprakelijkstelling van den rechtspersoon voor zijn eerste zijn hoogste orgaan kan dus nooit eene andere zijn dan een *absolute* aansprakelijkheid of geene. Het d.b.Gb. is hier een bewijs van. Immers toen het eenmaal de aansprakelijkheid der rechtspersonen aannam, kon het deze niet anders dan absoluut statueeren (§ 31). Aangezien het nu in het algemeen de aansprakelijkheid van den Geschäftsherr voor zijne „Angestellte" op schuld (culpa in eligendo instruendo enz.) baseert (§ 831) zien wij hier het onvermijdelijk gevolg dat in het d.b.Gb. een rechtspersoon in meerdere mate aansprakelijk is voor zijn ondergeschikten dan een physiek persoon. Wil men dus de aansprakelijkheid van den rechtspersoon behouden — en dit niet te willen is eenvoudig ondenkbaar — dan moet men de hierdoor geëischte absolute aansprakelijkheid ook tot alle physieke personen uitbreiden, niet enkel uit een oogpunt van elegantia juris, maar wel voornamelijk om de aldus geschapen bevoorrechting der particuliere ondernemers te doen ophouden [1]), en niet minder om de voor de benadeelde partijen er uit voortvloeiende gevolgen. [2]).

---

[1]) Aldus reeds Loening bl. 9 en 86 v. Verder A. Merkel Encycl. § 683 noot (bl. 292 b. a.) Voor de merkwaardige inconsequentie van het d.b.Gb. zie Rümelin Gründe bl. 85 v.

[2]) Zoo geeft Rümelin het voorbeeld dat, wanneer de Ingenieur van den heer von Stumm bij het aanleggen van een straat door onvoorzichtige opgravingen schade toebrengt, de benadeelde ongeveer altijd slechts verhaal heeft op den ingenieur. Is het echter een „Regierungsbaumeister" geweest, dan is er altijd verhaal op den Staat, wat voor den benadeelde, vooral als de schade vrij groot is, wel eenig verschil maakt!

Onze conclusie over de aansprakelijkstelling der rechtspersonen kan dus zijn, dat van eene uitzondering op het subjectieve element van de schuld hier, waar alles resultaat van fictie is, niet kan gesproken worden; doch dat veeleer het geheele schuldidee vervallen moet en aldus een krachtig argument gevonden wordt voor een algemeen geldende a b s o l u t e aansprakelijkheid van den meester voor de schade door zijn ondergeschikte toegebracht. Verderop zullen wij nog wel gelegenheid hebben deze conclusie tot haar recht te laten komen.

Hiermee wil ik afstappen van het subjectieve element van het civielrechtelijk schuldbegrip, en het boven reeds genoemde objectieve vereischte wat nader gaan beschouwen. Ik wil er echter nogmaals op drukken, dat dit objectieve element in het zuivere schuldbegrip niet thuis behoort, doch dat veeleer de aanneming ervan eene zuivere i n b r e u k op dit principe vormt.

Reeds het Romeinsche recht kende dit o b j e c t i e v e e l e m e n t, dit modeltype, ja het kende er zelfs meerdere, naar de heerschende opvatting twee, [1]) de zgn. culpa lata en culpa levis. De eerste kunnen wij verder laten rusten, aangezien zij voor ons onderwerp van geen belang is; de tweede de culpa levis zullen wij echter wat nader dienen te beschouwen, aangezien zij geëischt werd in de lex Aquilia. Lang werd dit evenwel ontkend en zag men in de uitdrukking „culpa levissima [2]) een nog strenger begrip, eenen nog hoogeren graad van zorgvuldigheid dan de bij de culpa levis geëischte — de zorg van een normaal zorgvuldig mensch. Toetst men echter de in de Pandectentitel 9.2 behandelde gevallen aan deze

---

1) Zie voor de ingewikkelde stelsels der Glossatoren en de theorieën van DONELLUS, HASSE e. a. FEITH bl. 1—22.

2) l 44 D 9.2: in lege Aquilia et levissima culpa venit. Een argument haalt men ook uit l1 § 5 D 9.1, waar men voor een hond aansprakelijk gesteld wordt. „si continerí firmius ab alio poterit".

criteria — bv. l. 31 en l 30 § 3 — dan blijkt duidelijk, dat men hier niet meer omzichtigheid eischt dan die van de culpa levis, doch die dan ook in ieder geval. [1]

Alles komt dus aan op het modeltype, geëischt bij de culpa levis; en dit is de bekende homo diligens et studiosus pater familias cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse [2] — ook vertegenwoordigd als bon père de famille en goeden huisvader in Code en B. W. Algemeen ziet men tegenwoordig in den goeden huisvader den gemiddelden mensch, die handelt zooals dat in het normale verkeer te verwachten is, zooals een zorgvuldig en waakzaam burger dit verplicht is in zijne maatschappelijke betrekking tegenover zijne medeburgers [3]; hetgeen in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, zoo als men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen [4]. Een sprekend bewijs is de ontwikkelingsgang van § 276 d.b.Gb.: Fahrlässig handelt wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auszer Acht läszt. In het Ie ontwerp stond „die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters", dat echter op veler aandrang [5], doch uitdrukkelijk zonder verandering van beteekenis, in de tegenwoordige redactie

---

[1]) Zie FEITH bl. 6, 71. DERNBURG Pandekten II. bl. 350. Volgens WHARTON bl. 44 is de culpa levissima a fiction of schoolmen which is repudiated as much by the necessities of business as by the conclusions of philosophy.

[2]) l. 25 pr. D 22. 3. verder bij l 11 D 18. 6, l 14 D 13. 7., l 10 D 26. 7 enz. Vergelijk l 31 D 9.2: culpam autem esse cum a diligente provideri poterit non esse provisum.

[3]) Aldus BELINFANTE Themis 1869 blz. 353.

[4]) MOLENGRAAFF R. M 1887. bl. 386. Deze komt echter op eenigszins andere wijze tot dit resultaat, gelijk wij zullen zien. Men zie bij SIMONS bl. 40, andere gelijkwaardige definities in rechtspraak en litteratuur.

[5]) O.a. GIERKE Schmoller's Jahrb 1888 bl. 868: Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters musz die Schauspielerin ihren Engagementsvertrag erfüllen, die Ballettänzerin tanzen, die Kochin kochen und die Markteinkaüfe besorgen.

is veranderd [1]). Zoo spreekt men in het Engelsche en Amerikaansche recht van „a good business man, a prudent and reasonable man"! enz. [2])

Dat dit begrip niet scherp omlijnd is, zal ieder wel toegeven! Een algemeen type is bovendien nog niet eens te geven. Allerlei omstandigheden kunnen dit type wijzigen; men moest feitelijk van ieder beroep een durchschnittstype opstellen! Zoo onderscheidt b.v. WHARTON tusschen „diligence of expert" en „diligence of non-expert" [3]) en gaat WEIJL bl. 115 met eene ruime aanhaling van schrijvers en jurisprudentie ons vertellen, dat men eigenlijk bij iedere categorie personen zulk een normaaltype opstellen moest. Zeer terecht voegt hij er echter aan toe, dat het desniettegenstaande evenzeer een objectief criterium blijft!

Toch wordt dit objectieve element vaak ontkend. Vooreerst door de criminalistische schrijvers. SIMONS noemt het niet en VON LISZT vindt § 276 d.b.Gb. als definitie mislukt, aangezien deze paragraaf volgens hem „nicht das Wesen der Fahrlässigkeit, sondern den vom Schuldner zu leistenden Sorgfalt" definieert [4]). Van hen is dit echter zeer goed te begrijpen aangezien zij in hun rechtsstudie enkel maar met het subjectieve element van

---

1) Vandaar dat b.v. WEIJL bl. 113 v. spreekt van den pater familius redivivus in § 276 d.b.Gb. Men zie b.v. nog LEONHARD Gutachten zum 17 Jur. Tag. (I bl. 347) die een lange bespreking aan den goeden huisvader wijdt en hem ten slotte defineert als ein „Mensch der mit durchschnittmäszigen Verstande seine Interessen wahrt". Men zie de bekende critiek van A. MENGER op dit, in zijn oog, „Nullpunkt der Sittlichkeit" o. a. bij LAND bl. 71.

2) WHARTON bl. 28, BRETT I bl. 484.

3) Bl. 25. Zoo BRETT I 484: negligence is always relative to circumstances of time place or person.

4) Bl. 55. Merkwaardig is ook bl 46 waar v. LISZT in „Schuld" enkel de subjectieve zijde — Zurechnungsfähigkeit des Thäters en Zurechenbarkeit des Erfolges — ziet. en waar hij in een noot zeer tegen ENDEMANN te velde trekt die als rechtgeaard civilist deze subjectieve zijde geheel uit het oog verliest en enkel het objectief element bespreekt: „die mit Schadenhaftung belegte Pflichtverletzung".

het schuldbegrip te maken hebben, terwijl het objectieve element geheel zijne beteekenis verliest, aangezien bij ieder delict eene speciale, eng begrensde qualificatie de algemeene objectieve norm vervangt.

Een tweede groep schrijvers, die het bestaan van dit element ontkennen, is te vinden onder de rechtsgeleerden, die zich ten onzent speciaal met art. 1401 hebben bezig gehouden. Bij de meeste wordt het element in het geheel niet genoemd; mr. Aalberse (bl. 93) verklaart zich zelfs positief tegen het bestaan ervan. Ook voor deze tegenstand is eene verklaring, trouwens zeer analoog aan het vorige geval, te vinden. Ik bedoel de invoeging van „onrechtmatig". Immers algemeen ziet men hierin eene qualificatie der schadetoebrengende handeling en wel meestal eene engere, hoogstens eene even ruime als de norm, die ligt in het bovengenoemde objectieve element. Het is duidelijk dat dit element op deze wijze in de verdrukking geraakt is! Hier staat tegenover primo dat het niet te ontkennen is, dat in de gewone spreektaal schuld immer in slechten zin, in malam partem gebruikt wordt, [1]) zoodat er dan toch eenige qualificatie der handeling in ligt en in de tweede plaats dat, gelijk boven moge gebleken zijn, van de Romeinsche tijden af dit objectief element ongeveer algemeen is aangenomen. Dat zelfs ons B. W. dit ook doet wordt ten duidelijkste bewezen door eene vergelijking met de overige artikelen waar dit woord gebruikt wordt. [2])

Hiermee zijn wij aan het eind gekomen van onze opmerkingen over het civielrechtelijk schuldbegrip. Alvorens ik nu overga tot eene beschouwing van de speciale regelingen van het schadevergoedingsrecht, moet ik evenwel nog een element bespreken dat, hoewel niet behoorend tot

---

[1]) Zoo zal men b v. altijd eenig kwaad aan iemands schuld wijten nooit eenig goed aan zijn schuld danken. Zoo: dit is zijn schuld enz.

[2]) O. a. artt. 634, 778, 812, 851, 885, 970, 1139, 1145, 1250, 1427, 1480, 1784, waar men schuld altijd kan vervangen door: eene toerekenbare handeling, die een goed huisvader niet zou hebben gepleegd.

het begrip schuld, toch naast dit begrip in bijna alle rechtssysteemen tot grondslag van den schadevergoedingsplicht wordt gelegd. Ik bedoel het element onrechtmatig, wederrechtelijk, bij welks bespreking wij trouwens het objectieve element der „schuld" nog wel eens ontmoeten zullen.

Reeds in het Romeinsche recht meenen sommigen [1]) dit vereischte te zien. Immers, zegt men, zoowel Cap I als Cap III der lex Aquilia eischen positief „iniuria" en ook Ulpianus omschrijft de vereischten zoo algemeen mogelijk als „damnum iniuria datum." [2]) Dus naast de schuld in den ruimsten zin van het woord moet nog komen het element „onregtmatig" wat dan zou beteekenen „dat men buiten zijn rechtskring zij gekomen, zijne bevoegdheid hebbe overschreden." „Bleef hij binnen deze grenzen, het door hem berokkende nadeel moge nog zoo groot zijn, zijne handeling is niet ongeoorloofd." Dit doet dadelijk de vraag opkomen, wáár dan die grenzen zijn aangewezen, wáár die rechtskring is geregeld. [3]) Want uit bovenstaande aan Goudsmit ontleende woorden volgt onmiddellijk dat elders — immers de lex Aqilia doet het zelf niet — deze rechtskring moet omlijnd zijn! De actie ex lege Aq. zou dus pas in te stellen zijn, indien eenige andere wet of statuut positief de behandeling tot onregtmatig stempelde, tot contra ius. Licht begrijpt men dat een zóó secundaire rol wel niet in de bedoeling van den praetor Aquilius zal gelegen hebben toen hij in ± 287 v. C. deze wet tot stand

---

[1]) Goudsmit Pand. Systeem I, bl. 183, Modderman c.s. Handboek I, bl. 225v.

[2]) l. 49 § 1 D 9.2.

[3]) Goudsmit beroept zich o. a. op l. 5 § 1 D. 9, 2. Iniuriam autem hic accipere nos oportet quod non iure factum est, id est contra ius. Hier houdt Goudsmit evenwel middenin den zin op! Er volgt: id est si culpa quis occiderit! Indien deze plaats iets bewijst, is het m. i. enkel dit, dat ook de Romeinen met dit „iniuria" geen weg wisten, doch het langs dezen omweg trachtten te vervangen door „culpa".

bracht! Van eene „afgrenzing der individueele rechtskringen" zal toen nog weinig sprake geweest zijn! Neen, hoogstens waar reeds eene uitgebreide en vrij volledige codificatie bestaat, zou eene dusdanige opvatting kunnen gelden! Dat toch de lex Aquila het woord iniuria — de bron van alle kwaad — gebruikt heeft, verklaart JHERING (bl. 22 noot 32) hieruit, dat in dien tijd de woorden dolus en culpa althans in hunne juridische beteekenis nog in onbruik waren zoodat „iniuria" hier enkel gebruikt werd om als noodhulp de plaats te vervangen van een woord dat speciaal de subjectieve toerekenbaarheid aanduidde. JHERING grondt zijne meening gelijk immer op eene zeer uitvoerige bronnenstudie en aanhaling. Een hechten steun geven bv. Gaius III § 211: Iniuria autem occidere intellegitur cuius dolo aut culpa id acciderit. l. 1 pr. D. 47, 10: Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur ut in lege Aquilia dicere solemus, en vooral pr. I 4, 3: Iniuria dicitur.... alias culpa. [1]). Bij de lezing dezer plaatsen krijgt men zeer sterk den indruk dat de Romeinsche juristen met het woord iniuria een weinig verlegen zitten en het of neglegeeren of langs een omweg (zie vorige blz. noot 3) trachten te verdonkeremanen, wat geheel met JHERING's opvatting strookt. DERNBURG eischt dan ook als elementen der actie ex lege Aq. enkel „Verschulden" en „Sachbeschädigung", met welk laatste woord hij de geheele uitdrukking „damnum iniuria datum" omvat. [2]) Evenzoo THORBECKE die in ieder damnum, iedere schadetoevoeging op zich zelve reeds „iniuria" ziet. Substitueert men deze gelijkstelling echter in de formule „damnum iniuria datum" dan komt men tot een schoon resultaat! Deze uitlegging lijkt mij dan ook wel een weinig gezocht en leidt bovendien tot geheel overbodig verklaren

[1]) Zoo spreken de Pandecten (b.v. l. 5 § 2 D 9.2 en l. 23 D 47.2.) bij den impubes nu eens van culpae capax en dan weer van iniuriae capax. Zie l. 1 § 3 D. 9.1: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. Verder b.v. l. 5 § 1 i. f. D. 9.2.

[2]) PANDEKTEN II bl. 350.

van het begrip iniuria! Het heeft trouwens wel wat den schijn alsof de geheele redeneering is opgezet om tot dit doel te geraken!

Uit dit alles meen ik te kunnen concludeeren dat het Romeinsche recht niettegenstaande de bewoordingen, het begrip „onregtmatig" niet als samenstellend positief element der schadevergoedingsactie kende. De eenige wijze waarop men aan het woord iniuria nog eenige beteekenis kan geven is door er in te zien wat in algemeenen zin wordt uitgedrukt door de niet in de Pandecten voorkomende spreuk „Qui suo jure utitur neminem laedit" of als l 151 D. 50.17. zegt: Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere ius non habet, d.w.z. de erkenning eener exceptie van eigen speciaal recht — waarover nader.

Voor het hedendaagsche recht moeten wij evenwel tot eene andere conclusie komen, en het feit, dat wij hier overal te doen hebben met algemeene codificaties (niet bestaande uit verzamelingen van uitspraken van oude juristen) doet ons dit reeds vermoeden. De Code echter, om met dit wetboek te beginnen, noemt dit element niet, ja zegt zelfs uitdrukkelijk „tout fait quelconque"; toch eischen alle schrijvers in navolging van POTHIER dat dit „fait", deze handeling zij „illicite" wat in onze wetgeving vertaald is door „onrechtmatig". Ook het öst allg. b.Gb. § 1294 het schw. Obl. R. art. 50 [1]) en het d.b.Gb. § 823, 827, 831, 832 eischen widerrechtlich. De voornaamste § van het laatstgenoemde wetboek (§ 823) eischt echter tevens krenking van eens anders recht of overtreding eener wet van specialen aard. Het Engelsch-Amerikaansche recht bepaalt zich tot overname van de Romeinschrechtelijke bewoordingen.

Voor onze verdere beschouwingen is het nu noodzakelijk eene scherpe scheiding te maken tusschen de positieve en de exceptieve beteekenis van het woord „wederrech-

---

[1]) = Art. 1018 Ontwerp van 1905. Vergelijk eveneens § 1077 van het Hong. Ontwerp aangehaald bl. 12 noot 4.

telijk"[1]) eene scheiding, die wij boven bij het Romeinsche recht reeds ontmoetten. Het verschil is duidelijk: Immers ziet men in wederrechtelijk een positief constitutief element der schadevergoedingsactie dan moet dit element, wil de actie kans van slagen hebben, door den eischer bewezen worden; ziet men er daarentegen een exceptief element, of liever de erkenning eener exceptie in, dan is voor den eischer bewijs der elementen schade en schuld voldoende, doch kan gedaagde zich bevrijden door zich te beroepen op eenig speciaal hem toekomend recht.

I Onder hen, die in „wederrechtelijk" een positief constitutief element der schadevergoedingsactie zien bestaat nu nog verre van eensgezindheid over de preciese beteekenis van dit woord; en voornamelijk treffen wij hier twee stroomingen aan, wier opvattingen zeer uiteenloopen en verrijkenden invloed hebben op de geheele positie der algemeene schadevergoedingsactie.

De eerste reeks schrijvers ziet namelijk in wederrechtelijk eene verwijzing naar eenige andere wettelijke bepaling, waardoor natuurlijk de artikelen in quaestie enkel eene actie-erkennende werking krijgen — een zeer secundaire rol.

De andere vooral ten onzent gehuldigde opvatting vereenzelvigt het begrip „wederrechtelijk" met het boven onderzochte objectieve element van het civielrechtelijk schuldbegrip en geeft aldus aan de algemeene schadevergoedingsregeling eene primaire rechtscheppende werking, doch maakt daarmee tevens het woord vrijwel overbodig.

---

[1]) Ik neem hier „wederrechtelijk" als algemeene uitdrukking, aangezien in het Duitsch rechtswidrig en unrechtsmäszig beide, als negaties van rechtmäszig, hetzelfde beteekenen en rechtswidrig en widerrechtlich etymologisch geheel gelijke woorden zijn (zie WEIJL bl. 368). Het blijke ook hieruit dat in ons Ontw. 1820 eerst „wederregtelijk" stond wat later in „onregtmatig" veranderd is onder uitdrukkelijke vermelding dat deze wijziging geen verandering van beteekenis meebracht. VOORDUIN V bl. 82. De Fransche tekst was dan ook altijd illicite.

Onder de aanhangers der eerste opvatting, die dus in wederrechtelijk eene verwijzing naar eenige andere normeerende wetsbepaling zien, bestaat nu nog wel eenig en zelfs theoretisch zeer groot verschil, al hoop ik aan te toonen dat het grootendeels een quaestie van terminologie is. Hiernaast bestaat nu nog een in de praktijk van zeer veel beteekenis zijnd verschil naar gelang men meer of min geneigd is tot een beroep op de „algemeene rechtsbeginselen", of eenige andere diergelijke panacée voor het scheppen van rechten en rechtsplichten. [1])

De groote theoretische scheiding dàn, waar ik boven aan deze bladzij op doelde, bestaat hierin of men wederrechtelijk opvat als tegen een recht of tegen het recht.[2])

De meeste aanhangers der eerstgenoemde opvatting bepalen zich enkel tot vermelding hunner meening zonder meer. [3]) Toch stuit men hier direct op de groote vraag: wat is onder deze uitdrukking „een (subjectief) recht" te verstaan. Ik wil op deze vraag niet diep ingaan, doch er allereerst op wijzen hoe juist hier het genoemde practische verschil tusschen de schrijvers voelbaar wordt. Zoo zien wij bv. Huc in zijne erkenning van subjectieve rechten juist door een beroep op die „algemeene rechtsbeginselen" op (nergens te vinden) „fundamenten onzer wetgeving" zeer ver

---

[1]) De in het vervolg te noemen schrijvers zijn alle auteurs over Code en B. W., aangezien in het later te bespreken Oostenrijksche en Duitsche recht de toestand geheel anders is, terwijl mijn gegevens over Zwitsersch recht zich bepaalden tot Bluntschli en de Botschaft tot het nieuwe Ontwerp 1904–1905.

[2]) Vergelijk Weijl bl. 361 v.

[3]) O. a. Zachariae II bl. 592: „Jede Verletzung der Rechte eines Anderen". Demolombe: „Le fait illicite c'est l'atteinte portée injustement an droit d'autrui" — echter met een beroep op „iniuria, hoc est quod non iure fit"! Huc VIII n 402 eischt dat men „lèse le droit d'autrui". Simons bl 8: „Onrechtmatig handelt hij die door zijn handelingen inbreuk maakt op het recht van een ander". Ook hij echter maakt zich m. i. aan eenige verwarring schuldig door bl. 47 v. onrechtmatig gelijk te stellen met „overtreding van eenige norm," wat, naar ik hoop aan te toonen, veel ruimer is.

gaan. Zoo is déloyale concurrentie, „schending van een anders recht" nl. zijne „liberté commerciale" [1]). Evenzoo het geven van onware inlichtingen. Immers het ontvangen van ware inlichtingen is „un droit qui appartient à tout le monde![2])" Krasser staaltjes van redeneeringen pour le besoin de la cause — in casu het scheppen eener vergoedingsplicht — zijn nauwelijks denkbaar. In mindere mate is ook onze H. R. dezen weg op geweest, gelijk Molengraaff [3]) vermeldt. Deze wijst o a. op het arrest van 21 April 1882, W. 4170 waar de H. R. zich met zoovele woorden op het „gemeene recht" beroept. In het bekende arrest van 6 Januari 1905 W. 8163 is de H. R. hiervan teruggekomen door nu positief enkel „recht(en) door de wet gevestigd" te erkennen. [4])

Wij komen dus nu tot de eigenlijke vraag: wanneer erkent de wet eenige subjectief recht? Natuurlijk in die gevallen, waar de wet het met zoovele woorden doet. Men denke b.v. aan de erkenning der zakelijke rechten, speciaal het eigendomsrecht. Iedere inbreuk op het eigendoms-r e c h t van iemand anders is dus wederrechtelijk. Dat wil natuurlijk niet zeggen: iedere handeling die een beschadiging van iemands anders eigendom t e n g e v o l g e heeft. Zoo zou iedere zaakbeschadiging, ja iedere materieele schadetoebrenging reeds een onrechtmatige daad zijn! Gelijk wij reeds bij de bespreking van THORBECKE's opvatting van „iniuria" boven opmerkten, maakt deze uitlegging het woord onrechtmatig geheel overbodig. Toch vinden wij deze meening wel verdedigd. Zoo bv. in de dissertaties van KIST (1861) bl. 21v., die zich weer op andere schrijvers beroept, en van VAN SCHAIK (1905) bl. 25. Ook SIMONS bl. 49 schijnt

---

[1]) Geheel in dezelfde richting gaat in den laatsten tijd KOHLER Bürg Recht 1906 II. 1. waar hij bl. 520 bij oneerlijke concurrentie schending van een soort „Gewerberecht" aanneemt.

[2]) VIII n. 408—411.

[3]) R. M. 1887 bl. 396. Hij wijst verder op een arrest van 4 Sept. 1883 en eene conclusie bij het arrest van 18 Dec. 1885 W. 5254.

[4]) In zooverre is dus de H. R. niet geheel op hetzelfde standpunt blijven staan gelijk in W. 8168 de redactie meende te kunnen constateeren.

speciaal wat het eigendomsrecht aangaat deze opvatting aan te hangen. Mij lijkt, gelijk ik reeds zeide, deze opvatting onjuist. Immers onze wet eischt positief onrechtmatige daad. De daad zelve moet dus een inbreuk op eens anders recht vormen en men kan uit het feit dat de beschadiging van eens anders rechtsobject een min of meer verwijderd gevolg dier daad is, niet tot de onrechtmatigheid der daad zelve besluiten. [1]) Het wil mij veeleer een kunstmiddel toeschijnen om het gebied der schadevergoedingsactie een weinig te verruimen.

Dit kunstmiddel ten onzent is nu, alhoewel in eenigszins anderen vorm, in het d.b.Gb. tot wet verheven. Immers in § 823 [2]) wordt geëischt dat men met opzet of schuld das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht [3]) eines anderen widerrechtlich verletzt. Hier moet dus de „Rechtsverletzung" aan iemands schuld te wijten zijn, zoodat deze op een lijn staat met de schade in ons art. 1401 B. W. Wat hiernaast nog „widerrechtlich" beduidt, volge later.

Al deze beschouwingen gelden echter alleen voor het geval, dat de wet zelve bestaat in de erkenning van een subjectief recht. Dit is evenwel niet de eenige wijze

---

[1]) In dezen zin LAURENT XX. n. 404 en 407 i. f. Omgekeerd weer LAND waar deze, wel niet met een beroep op 625 B.W. maar op de lex Aquilia, elk vernielen of beschadigen van eens anders goed onrechtmatig verklaart zonder de wijze waarop dit geschiedt in aanmerking te nemen. Zie ook een vonnis Hof N.H. 28 April 1854 W. 1690. Verder SOURDAT I. n. 680: „Mais si c'est par la faute de l'agent que l'acte innocent d'abord tourne au préjudice des tiers il devient réellement illicite". In ongeveer denzelfden zin Hof A'dam 31 Jan. 1902 W. 7740.

[2]) Aangehaald bl. 12 noot 5.

[3]) Terwijl de litteratuur het hier vrijwel eens is dat dit „ein sonstiges Recht" vrij eng moet worden opgevat en b.v. „Ehre" er niet onder valt (LINCKELMANN bl. 18 v., v. LISZT bl. 23 ENDEMANN I. bl. 1262 v) is ook hier de jurisprudentie weer aan het verruimen gegaan: zoowel Ehre in zeer ruimen zin als b.v. „Arbeitskraft" worden als zulk een „sonstiges Recht" aangezien. Zie SEUFFERT's A. 1903 no. 121. Zie ook KOHLER II blz. 481, 515 v.

tot afbakening van de individueele rechtsspheeren. Immers zeer vele civielrechtelijke en alle strafrechtelijke wetsbepalingen bestaan niet in het direct erkennen van iemands subjectief recht, maar in het beperken van iemands natuurlijke handelingsbevoegdheid of liever, om deze gevaarlijke uitdrukking te vermijden, in het opstellen van plichten. Indien dit nu direct geschiedt tot afwering van gevaar voor eenig speciaal persoon of personengroep indien wij dus te doen hebben met wat § 823 l. 2 d.b.Gb. noemt „ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" dan kan men in ieder geval nog spreken van erkenning van beschermingwaardige belangen „schutzwürdigen Interessen," doch m. i. heel moeilijk van vestiging van eenig subjectief recht! [1]) Hiernaast vinden wij nu nog legio gevallen waar de wetsbepaling niet is ingegeven door het belang van een speciaal persoon of personengroep maar eenvoudig door het openbaar belang, het belang der gemeenschap. Hier is natuurlijk van vestiging van eenig individueel subjectief recht in het geheel geen sprake meer. En toch zal er niemand zijn die in zulke gevallen, waar de dader zelfs zwaar gestraft wordt, geleden schade onvergoed zal willen laten! De enkele eisch van „schending van eens anders recht" is dus niet voldoende — wat dan ook b.v. door MARCADÉ [2]) en onze H. R. is ingezien, evenals door het d.b.Gb., gelijk wij boven zagen. De formule der H. R. luidt nl., dat de daad om, onrechtmatig te zijn „in strijd zij met des daders rechtsplicht of inbreuk maakt op eens anders recht", terwijl in de voorafgaande overwegingen enkel rechten en rechts-

---

[1]) Evenzoo b.v. A. MERKEL Encycl. § 153 v. vooral 154. Zie uitvoerig hierover de diss. van Mr. STRUYCKEN. Het Rechtsbegrip. Leiden 1903.

[2]) V bl. 293. Il faut que le fait soit illicite, c'est à dire, qu'il présente une violation du droit d'autrui, une infraction à un devoir, et ne constitue pas l'exercice d'un droit Deze laatste restrictie is niet te vinden in de overigens geheel gelijkluidende definitie der H R. Dit maakt echter m.i. geen verschil.

plichten erkend worden, die direct op de wet gebaseerd zijn. Op deze wijze wordt dus elk wetsartikel, dat rechtsplichten of rechten schept — dus elke normeerende bepaling — toepasselijk verklaard. Het is mij dan ook niet gelukt eenig verschil te ontdekken tusschen de opvatting der H. R. en die welke onrechtmatig gelijkstelt met „tegen het recht". [1]) Het eenige verschil is, dat de H. R. ons bovendien vertellen komt, dat alle wetsartikelen die de individueele rechtskringen afbakenen dit doen in den vorm van erkenning van rechten of rechtsplichten, welke verklaring niet enkel onnoodig is, maar zich tevens op zeer gevaarlijk terrein begeeft!

Immers, terwijl wij boven zagen dat de enkele eisch van krenking van eens anders recht niet voldoende is, en daarnaast overtreding van eenen rechtsplicht geëischt moet worden en het dus zeer begrijpelijk is, hoe de H. R. tot haar formule gekomen is, zoo is het de vraag, of door de opname dier tweede eisch de eerste niet overbodig is geworden. Zelf wil ik hier niet treden in de bekende strijd over het al of niet zelfstandig bestaan der subjectieve rechten. [2]) Dat zij, die in een „zgn. subjectief recht" niets anders zien dan een onzuivere althans verkapte erkenning van rechtsplichten, hetzij voor een speciaal persoon, hetzij in het algemeen voor iedereen, de eisch van krenking van eens anders recht naast de tweede overbodig achten, behoeft geen betoog. Ook zij echter, die aan het „subjectief recht" een zelfstandig bestaan toekennen, geven toe — en hoe kan het ook anders — dat de erkenning van een „subjectief recht" wel degelijk tevens

---

[1]) Zie aldus b.v. LAURENT XX die eerst in het algemeen in n. 401 „illicite" met „tegen de wet" gelijkstelt en dan in n. 404 vermeldt dat o.a. „iedere „lésion d'un droit est un délit dans le sens de l'art. 1382 C c."

Ook hij gaat dan weer zeer ver in het erkennen van zulke subjectieve rechten; zoo b.v. in n. 415, in aansluiting aan een arrest D 1857 1.293, een recht op zuivere lucht!

[2]) Zie voor de litteratuur van beide zijden STRUYKEN bl. 12, die zelf op het standpunt der zelfstandigheid van subjectieve rechten staat en deze vraag helder en uitvoerig behandelt bl. 3 - 45 en 119—136.

de erkenning van eenen rechtsplicht voor anderen kan meebrengen; doch beweren tevens, dat er allerlei subjectieve rechten zijn, waarvan schending zich minder goed denken laat en waar dus geen directe rechtsplicht tegenover staat. [1]) BINDING noemt als zoodanige b.v. het recht van den Vorst tot het sluiten van vrede, tot het vertegenwoordigen van het rijk, tot het verleenen van adeldom, enz. Ook zij geven echter toe dat, voorzoover subjectieve rechten voor directe schennis vatbaar zijn, zij als noodwendig correlaat, als direct uitvloeisel de erkenning van eenen gelijkwaardigen rechtsplicht voor anderen met zich mede brengen. En in het schadevergoedingsrecht komen natuurlijk slechts die subjectieve rechten in aanmerking, die voor directe schennis vatbaar zijn, zoodat, hoe men ook theoretisch over het begrip „subjectief recht" denkt, men in de formule der H. R. altijd de eisch van „inbreuk op eens anders recht" naast „strijd met des daders rechtsplicht" geheel overbodig moet noemen!

Deze laatste opmerkingen echter daargelaten komen wij tot de conclusie dat tusschen de opvattingen van wederrechtelijk als tegen het recht en tegen een recht mits onder bijvoeging der „rechtsplicht," geen materieel verschil bestaat.

Er is nu echter nog een afwijkende vorm waarin sommige schrijvers „wederrechtelijk" omschrijven en die m. i. ook op hetzelfde neerkomt. Het zijn die schrijvers die, uitgaand van 's menschen natuurlijke vrijheid [2]), aannemen, dat dus iedereen het recht heeft alles te doen, wat hij wil, zoolang

---

[1]) Aldus o.a. uitvoering BINDING I² bl. 113 v, STRUYCKEN bl. 124 v.

[2]) Het is merkwaardig hoe dit beroep ook bij hen, die direct onrechtmatig met „tegen de wet" gelijkstellen. telkens weer gevonden wordt b.v. OPZOOMER VI bl. 313. Ook wanneer men een theoretischen grond voor de toelaatbaarheid der gewone eerlijke concurrentie wil geven, doet men hetzelfde b.v. LAND bl. 13 met beroep op ALEXANDER KATZ. Het is niet te ontkennen dat men aldus wel wat dicht bij zuivere natuurrechtsopvattingen komt! Zou MAUCZKA wel ver van de waarheid zijn als hij op bl. 392 concludeert, dat het natuurrecht „endlich wissenschaftlich überwunden" toch „in den Köpfen ihrer Gegner unaustilgbar herumspukt?"

de rechtsorde hem die bevoegdheid niet ontnomen heeft. [1]) Op deze wijze komen zij b. v. tot de erkenning van een recht tot denken, tot concurreeren, tot op straat rijden enz. [2]) „Agir en justice est un droit sacré." Ook volgens deze opvatting is wederrechtelijk dus per slot van rekening gelijk aan „tegen de wet"; — het verschil met hen, die direct deze gelijkstelling aanvaarden, is dus weer enkel een van terminologie.

„Tegen het gecodificeerde recht" is dus per slot van rekening de grondvorm van al deze verschillende formuleeringen. [3]) Het loont dus wel de moeite eens na te gaan, wat hier alzoo onder valt. En dan vinden wij zoowel de normen uit het straf- als uit het civielrecht.

Deze toepassing van normen uit het strafrecht — al hebben deze tenminste het voordeel scherp omlijnd te zijn — op een specifiek burgerrechtelijk instituut is al dadelijk een van de grootste nadeelen. Niet uit dogmatische overwegingen — van deze gelden mut. mut. de beginwoorden mijner Inleiding — maar uit overwegingen zuiver aan de practijk ontleend. Immers voorloopig nog daargelaten de groote verschillen die er bestaan tusschen straf en schadevergoeding zelve, voelt toch iedereen reeds dadelijk, dat men veel minder snel zal overgaan tot het opleggen van straf, waardoor niemand gebaat wordt, doch enkel de handelende persoon getroffen, dan wel tot het toekennen van schadevergoeding aan den onschuldigen benadeelde, voor wie het niet meer dan billijk is dat de handelende persoon en niet hij de schade uit diens afkeurenswaardige handeling ont-

1) Zoo b.v. TOULLIER II n. 119: un acte que l'on n'a pas le droit de faire. LAURENT XX n 401: tout ce qu'on n'a pas le droit de faire.

2) Zie meerdere staaltjes bij OTTO MAIJER Gutachten tot de 17e Jur.tag bl. 127.

3) Wij vinden haar o.a. bij DURANTON XIII n. 699 v.: illicite = contraire à la loi. PLANIOL II no. 863 stelt als vereischte „un fait illégitime." DIEPHUIS XI bl. 80 . . . door de wet of eene van de bevoegde macht afkomstige verordening verboden. OPZOOMER VI bl. 313 ad art.; laatstelijk LAND bl. 45: een met de wet strijdige daad. Zie verder ROELFSEMA bl. 10 v.

staan draagt. Men zal dus voor opleggen van straf iets ergers, een hooger graad van afkeurenswaardigheid eischen dan voor schadevergoeding. Men denke b.v. aan de enge omschrijving van het misdrijf bedrog, aan het feit dat enkel opzettelijke zaakbeschadiging strafbaar is verklaard en last not least aan het klassieke, hier te lande al zeer duidelijke, voorbeeld der oneerlijke concurrentie waarvoor wij — natuurlijk bij de hier besproken opvatting van onrechtmatig — vrijwel alleen kunnen toepassen artt. 273, 326, 337 Swb. en de Merkenwet. [1]) Het is dan ook geen wonder, dat het reeds meergenoemde zgn. Singer-arrest van Jan. 1905, hetwelk hier consequent de enge theorie doorvoert, met bijna algemeene afkeuring — natuurlijk uit sociaal oogpunt -- in den lande ontvangen is; welke afkeuring zich niet enkel in courantenartikels heeft geuit, maar zelfs in de Staten-Generaal bij de behandeling van H. IV der Staatsbegrooting voor 1906 herhaaldelijk op vrij krasse wijze is gebleken. [2]) Om strafrechtelijke voorziening wordt ook wel, gevraagd maar altijd minder uitgebreid — het gaat voornamelijk om erkenning der schadevergoedingsplicht.

Waar echter de normen van het civielrecht toegepast worden vervalt begrijpelijkerwijs dit bezwaar. Immers een civielrechtelijk wetgever gaat bij de opstelling zijner normen, bij de afbakening der individueele rechtskringen uit van de overweging, wat een goede maatschappij van hare samenstellende individuën naar gezonde verkeersbegrippen tegenover elkander verwachten mag. Een goede civielrechtelijke wetgeving is dus als 't ware een versteening der op dat moment geldende „Verkehrssitte". Eensdeels is dus de bruikbaarheid der civielrechtelijke normen een bewijs te meer voor de groote waarde van

---

[1]) Men zie het artikel van MOLENGRAAFF R M 1887, LAND bl. 88—108 en de diss. van Mr. AALBERSE.

[2]) Zoo in het Voorl. Verslag en bij de openbare behandeling bij monde van de Heeren DRUCKER, LIMBURG, AALBERSE (deze laatste ook in strafr. zin) en de Min. van Justitie Mr. VAN RAALTE (Handd. IIe K. 1905/1906, bl. 561—566, 578, 592). Zie ook W. 8304.

het boven besproken objectieve element van het civielrechtelijk schuldbegrip „den goeden huisvader", anderdeels het echter te begrijpen, dat men de waarde der civielrechtelijke normen niet te hoog moet schatten; wat, naar het mij wil toeschijnen, wel eens gebeurt!

Immers na onze formuleering van het beginsel der civielrechtelijke wetgeving is het duidelijk dat deze slechts zelden af zal dalen tot eene zoo gedetailleerde regeling, dat ze werkelijk een bepaalde groep menschelijke handelingen geheel normeert. Want niet enkel zijn de factoren die op onze handelingen inwerken nimmer constant, maar bovendien wijzigen zich de verkeersopvattingen altijd door, komen er nieuwe elementen bij en vervalt wat verouderd is. Eene wettelijke regeling, eene versteening dier verkeersopvattingen van één moment zou dus, indien zij al mogelijk ware, in gelijke mate leiden tot verhinderen van de vrije ontplooiing der menschelijke samenleving, tot belemmering van den vooruitgang. Het verkeer is niet te wringen in een keurslijf van alles reguleerende normen. Zeer algemeene richting gevende regels is waartoe de wetgever zich moet bepalen. Enkel in die zeldzame gevallen, waar zich eene tot in kleinigheden afdalende en stabiele rechtsovertuiging van de grenzen der individueele rechtskringen heeft kunnen vestigen, zou eene vrij volledige regeling in de wet kunnen bestaan. Het voorbeeld par excellence van eene dusdanige verhouding is wel die der eigenaars van aangrenzende onroerende goederen — het burenrecht. Toch is hier de toestand nog slechts vrij gedetailleerd geregeld en zijn ook hier met name door de in den lateren tijd ontstane uitbreiding der industrie allerlei mogelijkheden opgekomen van botsingen der belangen van naburen, welke geen afdoende regeling hebben gevonden. Men denke aan trillingen tengevolge van het rijden over spoorwegen, rook, hinderlijk geraas van machines enz. Wat moet men nu ten onzent doen? Teruggaan tot art. 625 B. W., welk artikel ieder gebruik van eigendom toelaat, mits men aan de rechten (dus ook het eigendomsrecht)

van anderen geen hinder toebrenge? Het is meermalen beweerd. Nog daar gelaten de vraag of bovengenoemde gevallen hinder aan iemands eigendoms r e c h t toebrengen is hier de vraag, wanneer brengt men h i n d e r toe? Reeds mr. Fockema Andreae wees er in 1868 op, dat men om dit te weten te komen moet nagaan wat het n o r m a l e gebruik is. [1]) Merkwaardig stemt hiermee overeen § 906 d.b.Gb. welke paragraaf aan den eigenaar geen recht op schadevergoeding geeft voor nadeel door gas damp rook enz. toegebracht indien deze „Einwirkung nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist". Evenzoo art. 675 Zwitsersch Ontwerp 1904 dat verbiedt alle „übermäszigen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwerkungen durch Rauch" enz. Het blijkt uit deze aanhalingen maar al te duidelijk dat men zelfs bij dit onderwerp per slot van rekening toch weer op de Verkehrssitte op wat Steinbach [2]) noemt „das Masz des Gewöhnlichen und Ortsüblichen". Eene gelijke opvatting verdedigt Laurent [3]) over Cc 545 dat nog meer dan B. W. 625 het eigendomsrecht in absoluten zin definieert. Ook hij gaat terug tot het „normale gebruik."

Ook echter als men de definitie van het eigendomsrecht en zoovele andere rechten absoluut opvat, heeft men nog wel een achterdeur.

Naast het beroep op den Romeinschrechtelijken regel: Malitiis non est indulgendum [4]) dat ten onzent als zoodanig

[1]) Beschouwingen over burgerrecht diss. Leiden 1868 Zie ook een art. in „Themis" 1869 van denzelfden schrijver. Zoo wijzen ook Asser-van Heusden II3 op het verband van deze vraag met de artt. 1401 v. In het volgend hoofdstuk hoop ik bij de behandeling der aansprakelijkheid voor zaken in het algemeen deze quaestie nog nader te bespreken.

[2]) Bl. 12; zie over dezen schrijver beneden hoofdstuk III.

[3]) XX n. 412—417.

[4]) Men zie hierover o.a. Steinbach bl, 6 v. en de litteratuur over d.b.G.b. § 226: Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig. wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen.

minder vernomen wordt, heeft men in de Code art. 1383 en ten onzent het gelijkluidende art. 1402.

Onder de latere schrijvers heerscht vrijwel overeenstemming wat de waarde van dit art. aangaat. Zoo men wil kan men in „nalatigheid" en „négligence" zien uitgedrukt dat naast positieve gedragen nog eens speciaal ook omissies tot schadevergoeding aanleiding kunnen geven en in „onvoorzichtigheid" een van de vormen van schuld. De meesten geven echter toe dat onder „daad" en „fait" de omissie ook reeds valt, zoodat aangezien men de begrippen „onrechtmatig" en „illicite" ook in dit art. invoegt, [1]) de beteekenis van dit art. vrijwel gelijk nul te schatten is. Was het wel de moeite waard dit artikel expres hiervoor te maken, vraagt zeer terecht PLANIOL? [2]) Hiertegenover hebben verschillende schrijvers en dikwijls de jurisprudentie dit artikel geheel anders en veel ruimer opgevat. Duidelijk is dit bv. gedaan in een arrest H. R. 18 Febr. 1853: „dat een daad kan zijn rechtmatig en geoorloofd en de auteur deswege niettemin verantwoordelijk wordt wanneer nl. hij daarbij onvoorzichtig heeft gehandeld." Eene gelijke opvatting vinden wij bij DIEPHUIS XI bl. 89, SOURDAT I. n. 643.

Moge het bovenstaande voldoende bewijs zijn, dat zelfs in die gevallen waar men uitteraard eene vrij gedetailleerde codificatie hebben kan en heeft, toch de waarde der civielrechtelijk normen nog vrij gering is en men zelfs, indien deze normen eene positieve afgrenzing mochten geven, zich weer van een achterdeurtje gaat bedienen om er aan te ontkomen!

Het is begrijpelijk, dat de onvoldoendheid der civielrechtelijke normen nu nog veel duidelijker aan den dag moet komen bij die quaesties, waar veel meer wisselende invloeden in het spel zijn en waar de opvattingen en stroomingen zich altijd door wijzigen. Een mooi voorbeeld

---

[1]) Aldus zeer positief het reeds meermalen geciteerde arrest H. R. 6 Jan. 1905. W 8163.

[2]) II n. 866. Ten onzent zie men o.a. ROELFSEMA bl. 64–66 en OPZOOMER VI bl. 322, SIMONS bl. 32.

hiervan is alweer de oneerlijke concurrentie. Terwijl de Fransche jurisprudentie hier immer een beroep op art. 1382 C.c. toelaat door óf de clientèle als een soort eigendom te beschouwen, óf uit de algemeene rechtsbeginselen tot een recht op vrije concurrentie te besluiten, heeft de Duitsche jurisprudentie vóór het d.b.Gb. evenals de Oostenrijksche hier nimmer eene actie gegeven. Het is geen wonder, dat men dit langzamerhand als eene niet te dulden leemte is gaan beschouwen, zoodat 29 Mei 1896 een wet is verschenen het Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, een wet, die in een zevental normgevende bepalingen even zoovele speciale vormen der oneerlijke concurrentie zeer ruim omschreef. In Oostenrijk is eenige jaren geleden een ontwerp ingediend, dat zich zeer nauw aan de Duitsche wet aansluit. Merkwaardig is nu b.v. het oordeel van MAUCZKA (bl. 135), waar hij naast deze enumeratie de opname van ééne algemeene definitie zeer noodig oordeelt, ten einde ook alle andere gevallen er onder te laten vallen. [1]) Het d.b.Gb. heeft dan ook eene zeer algemeene bepaling opgenomen in § 826: Wer in einer gegen die guten Sitten verstoszender Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet. [2]) Dit artikel geldt, als men ziet, enkel bij opzettelijke schadetoevoegingen, waaronder de gevallen van oneerlijke concurrentie echter wel altijd zullen vallen. [3]) Zoodat het een éclatant bewijs is, hoezeer de Duitsche en nu weer de Zwitsersche wetgever zijn onmacht tot het geven van vaste normen bij het vraagstuk der oneerlijke concurrentie gevoeld heeft! In Frankrijk, waar de jurisprudentie in dezen eisch voor-

---

[1]) Evenzoo over dit nadeel der enumeratie FULD Jur. Z. VI bl. 128. Hij wijst er op hoe zelfs in 1900 al weer 2 voorstellen tot uitbreiding der wet zijn gedaan; zie ook W 8277.

[2]) Gelijkluidend art. 1058 l 2 van het nieuwe Zwitsersche Ontwerp 1905. Men zie ook de gronden in de begeleidende „Botschaft".

[3]) Zie JUNG bl. 45. In § 705 Entw. I was niet enkel opzet, doch ook schuld hier voldoende. In Entw. II is reeds de tegenwoordige lezing aangenomen.

ziet, vindt men dan ook slechts zeer enkele stemmen tot wettelijke voorziening. Men is daar met de aan vrijwel geen normen gebonden rechtspraak volkomen tevreden. Zeer merkwaardig is de toestand in Zwitserland waar de jurisprudentie over art. 50 Obl. R. door Duitsche en Fransche invloeden beheerscht werd, maar over het algemeen wel een actie gaf. Hierom is nu in het nieuwe ontwerp 1905, ontstaan op een tijdstip toen over de werking van het Duitsche Spezialgesetz reeds een vrij gevestigd oordeel kon worden uitgesproken, naast het reeds vermelde art. 1058 l. 2 één algemeen artikel over de oneerlijke concurrentie ingevoegd, terwijl in de Botschaft met zoovele woorden is gezegd dat met opzet eene zeer ruime formuleering gekomen was, „um die gleichen Vorteile für die Praxis darzubieten, wie sie mit Art. 50 Obl. R. an sich gegeben sind." Met het oog op den toestand ten onzent lijkt het mij niet ondienstig dit art. 1062 van het Ontwerp in zijn geheel over te nemen:

„Wer durch unwahre Auskündigungen oder sonstige „Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen eines „andern in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt wird, „ist zur Klage auf Einstellung dieses Geschäftsgebarens „und auf Ersatz des Schadens berechtigt.

„Der Richter schätzt den Schaden nach seinem Er„messen."

Uit dit alles blijkt duidelijk het voordeel eener algemeene regeling, en ik durf dan ook, niettegenstaande het betoog van Land. bl. 88 v. — trouwens gehouden toen de Duitsche wet nog slechts Ontwerp was — volhouden dat bij het vraagstuk der oneerlijke concurrentie eene algemeene, zeer ruime norm goede diensten bewijzen kan, terwijl de waarde van speciale omschrijvingen der verschillende vormen van de oneerlijke concurrentie zeer gering mag heeten. [1])

---

[1]) De Duitsche wet b.v. bevat, gelijk ik reeds opmerkte, slechts 7 normen die nog zeer ruim zijn gesteld.

Zagen wij dus hoe bij dit onderwerp midden uit het moderne verkeersleven eene diepgaande wettelijke regeling falen moet en slechts zeer algemeene naar de „Verkehrssitte" verwijzende normen diensten kunnen verrichten, — a fortiori moet deze opvatting wel gelden bij het immer zich uitbreidende en in duizend verscheidenheden zich uitende handelsverkeer! Het ligt geheel buiten mijn weg hier op in te gaan. Voldoende is het er op te wijzen, hoe een van de nieuwste en zeer geprezen handelswetgevingen het d.H.Gb. dit op de meest frappante wijze bevestigd door in vereeniging met de samenhangende speciale wetten niet minder dan *24* maal te verwijzen naar den „ordentlichen" Kaufmann, Geschäftsmann Frachtführer enz.! [1]) Voorwaar, niet zonder recht spreekt men van den paterfamilias redivivus!

Hiermede ben ik aan het eind gekomen van mijne beschouwingen over wederrechtelijk als positief constitutief element der schadevergoedingsactie, verwijzend naar eene andere wetsbepaling, die met zoovele woorden de wederrechtelijkheid statueert. Onze conclusie mag niet te gunstig luiden! Voor zoover de normen door het strafrecht werden gegeven, bevonden wij ze uitteraard te eng en voor zoo ver ze aan het burgerlijk recht ontleend waren, bleken ze bijna zonder uitzondering uit te loopen op eene verwijzing naar de „Verkehrssitte" dus indirect neer te komen op hetgeen direct door het objectief element van het civiel rechtelijk schuldbegrip wordt uitgedrukt.

De tweede richting, die ook in wederrechtelijk een positief element ziet, doch aan de algemeene schadevergoedingsactie niet die secundaire rol wil zien toebedeeld, stelt dan ook direct wederrechtelijk gelijk met „tegen de Verkehrssitte," en dus feitelijk met het objectieve element der schuld. Over de praktische waarde dezer theorie kan ik dientengevolge kort zijn en enkel verwijzen naar hetgeen

---

1) Zie Weijl bl. 126 en de uitgebreide beschouwingen die hij bl. 100—129 aan deze quaesties wijdt.

boven reeds over dit objectief element gezegd is. Vooral ten onzent is deze leer theoretisch verdedigd door MOLENGRAAFF en de hem volgende auteurs en jurisprudentie [1]) terwijl ze ook in de praktijk door vele Fransche schrijvers en jurisprudentie wordt aangehangen [2]).

Uit de bovenstaande beschouwingen is reeds zooveel goeds van het objectieve schuldelement gebleken dat de waarde dezer theorie duidelijk is. Haar voorstanders laten dan ook niet na vooral hier een beroep op te doen [3]). Trouwens de heele leer maakt op mij wel den indruk, dat ze is uitgevonden pour le besoin de la cause, en wel een weinig het woord onrechtmatig taalkundig verwringt! De waarde der leer als argument voor het objectieve schuldelement wordt er intusschen slechts door verhoogd.

De beteekenis van „wederrechtelijk" als positief element der schadevergoedingsactie kan dus niet anders dan zeer gering genoemd worden, ja de als meest practische aangeprezen en door de Fransche en grootendeels door onze jurisprudentie dan ook aangehangen opvatting maakt het woord geheel overbodig. Toch eischen alle nieuwere codi-

---

[1]) Aldus MOLENGRAAFF R. M. 1887. DRUCKER R. M. 1890 bl. 605. HAMAKER, Het Recht en de Maatschappij, en de diss. van ROELFSEMA en AALBERSE. Zeer veel lagere colleges gaan hiermee mede. In 1903 en 1904 zie o. a. W. 7919, 8089, 8131, 8150 enz.

[2]) Dit geschiedt doordat de jurisprudentie en bv. zeer sterk HUC illicite wel met „lesion d'un droit" blijven gelijkstellen, doch dit begrip subjectief recht, gelijk wij reeds meermalen aangaven, op zeer zonderlinge wijze gaan verruimen. Ook SOURDAT gaat heel ver bv. I n. 668. I y a faute de négligence toutes les fois qu'un dommage est arrivé par l'absence d'une précaution imposée à quelqu'un soit par la loi ou les reglements de l'autorité soit par les règles dessa profession et de son art, soit par celles de la seule prudence humaine. WHARTON bl. 656. Lawful acts become unlawful when they are so performed as to injure other persons from want of proper care. So also acts are in this sense unlawful when they are contra bonos mores.

[3]) B.v. MOLENGRAAFF bl. 392: „Alleen onze opvatting voldoet aan de onafwijsbare eischen van een gezond rechtsleven in een welgeordenden staat", enz.

ficaties, gelijk wij zagen, dit element; zoodat wij hier toch wel met eenigen grond uit kunnen afleiden, dat dit eene oorzaak moet hebben. En deze is m. i. ook wel te vinden al moeten wij, gelijk ik heb trachten aan te toonen, in wederrechtelijk niet een constitutief element der schadevergoedingsactie zien.

II. Aldus komen wij dan tot de opvatting van „wederrechtelijk" als erkenning eener exceptie. Hiermee bedoel ik dit, dat als in het algemeen de positieve elementen voor de toewijzing der schadevergoedingsactie, (schuld in den ruimen zin van het woord en schade) aanwezig zijn deze toch niet slagen kan, omdat in eenig speciaal geval der schadetoebrengende partij eenig bijzonder recht (c. q. rechtsplicht) toekwam, welke haar tot deze schadetoevoeging machtigde (c. q. noodzaakte). Het is duidelijk, welke gevallen hiermee bedoeld worden. Men denke aan een executeerend deurwaarder, aan een voorloopig beslag, een beslag onder derden, enz. In al deze gevallen wordt door de toekenning van een speciaal recht — men denke verder aan alle mogelijke rechten uit contracten — aan de daad, die anders perse tot schadevergoeding had moeten leiden, een ander karakter gegeven en de schadevergoedingsplicht opgeheven.

Het is te vermoeden dat iedereen het hiermee eens zal zijn! Velen noemen deze zijde van het begrip niet eens, aangezien het b.v. in de definitie van „onrechtmatig" als „tegen het recht" van zelve reeds ligt. Ik wees reeds op het verschil tusschen de formules van MARCADÉ en onze H. R., dat ook neerkomt op deze restrictie [1]). MOLENGRAAFF behandeld deze uitzonderingen bl. 389 kortelings. SOURDAT geeft ook blijk van dezelfde opvatting wanneer hij I. no. 643 alle daden illicites noemt welke „ne constituent pas l'accomplissement d'un devoir imposé, ou l'exercice d'un droit reconnu par la loi". Dus ook eene zuiver negatieve enkel exeptie erkennende definitie.

---

[1]) Zie boven bl. 41 noot 2, verder AUBRY ET RAU IV bl. 746.

Voor het d.b.Gb. moeten wij m. i. ook noodwendig tot deze opvatting van „widerrechtlich" komen, dat gelijk wij zagen naast „Verletzung" der in § 823 1e genoemde rechten geëischt wordt. De schrijvers en commentatoren, zelfs zij die speciaal dit onderwerp behandelen, negligeeren dit begrip geheel [1]). Enkel ENDEMANN (bl. 426) wijdt er eenige regels aan en komt dan tot de conclusie, dat „es sich in Wahrheit dabei (d. i. bij den eisch „widerrechtlich") nicht handelt um eine selbständige besonders zu beweisende Haftungsvoraussetzung" en iets verder: „der Zusatz hat die positieve Bedeutung, dasz er die Zulässigkeit der Berufung auf ein Recht zum Eingriff gesetzlich bestätigt, waarna hij eenige speciale gevallen opnoemt. Ditzelfde doet v. LISZT onder den titel „Ausschlusz der Rechtswidrigkeit."

Wat nu het Zwitsersche recht aangaat, daar vinden wij in de officieele Fransche vertaling van art. 50 Obl R. Quiconque lèse sans droit..., hetgeen wijst op de hier behandelde opvatting. De Botschaft tot het nieuwe ontwerp echter stelt zonder er iets verder van te zeggen „widerrechtlich" gelijk met „gegen das objektive Recht".

Aangezien ik boven tot de conclusie kwam, dat deze exceptieve opvatting voor het Romeinsche recht nog de eenige wijs was, waarop men het element „iniuria" redden kan, is het hier niet zonder belang, na te gaan, wat het Engelsch-Amerikaansch recht van dit vereischte gemaakt heeft. De schrijvers beginnen als altijd met aanhaling der Latijnsche woorden, doch waar het op uiteenzetting in de praktijk aankomt, gaan ze de eisch „iniuria" niet als een positief element definieeren, maar geven eene enumeratie van de gevallen, waar van „damnum sine unuria" sprake is. Zij zien dus overigens in ieder „damnum" tevens „iniuria" en staan dus geheel op het hier verdedigde standpunt. Uitvoerig wordt dit alles bv. betoogd door WHARTON bl. 656: Hence we

---

[1]) Aldus DERNBURG, LINCKELMANN, JUNG, en uit den jongsten tijd KOHLER Bürg. Recht II1, bl. 513.

may conclude that the Romans regarded all tortious acts undertaken without legal right as unlawful. Bl. 23 geeft hij voorbeelden: „selfdefence" en ontoerekeningsvatbaarheid. Brett. bl. 478 vermeerdert deze nog tot 7 gevallen: inwilliging, met het doel van executeeren, noodzakelijkheid, wettelijk recht e.a.

Wanneer wij nu deze gevallen een weinig nader willen beschouwen, vinden wij een zeer goeden steun in het d.b.Gb. dat aan deze gevallen eenige paragraphen wijdt.

Allereerst het recht van „Selbsthilfe", gelijk het in § 229—231, volgens v. Liszt „in durchaus befriedigenden Weise", is erkend. Deze mag (§ 230) niet verder gaan als „zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist." Gedeeltelijk is dit recht ook ten onzent erkend in de middelen tot bewaring van zijn recht, geregeld in art. 721 v. Rv. Immers zoolang niet de speciale in 721, 724 e. a. geëischte omstandigheden aanwezig zijn is een zoodanige beslaglegging ongetwijfeld onrechtmatig. Zijn de geëischte elementen echter aanwezig — wat ten overvloede nog door eene volgende van waarde verklaring erkend moet worden — dan is de daad rechtmatig en van een plicht tot schadevergoeding geen sprake.

Een tweede voorbeeld is de noodweer ook in art. 56 schw. Obl. R.[1]) genoemd en alweer in § 227 d.b.Gb. omschreven als diejenige „Verteidigung, welche erforderlich ist um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Andern abzuwenden", dus ongeveer het strafrechtelijk begrip; zie bv. art. 41 Swb.

Verder vinden wij het Beroepsrecht, in het d.b.Gb. niet behandeld. v. Liszt wijst bv. op het recht van den medicus tot opereeren; dan vallen er onder de speciale bevoegdheden van den deurwaarder enz. enz. Verder is

---

[1]) Verder dan noemen gaat dit wetboek niet. Het laat den rechter geheel vrij en sluit in art. 59 zelfs toepassing van de strafrechtelijke bepalingen over dit onderwerp uitdrukkelijk uit.

hier, om nog eenige gevallen te noemen, nog van invloed de toestemming, een contractueele bevoegdheid enz. [1])

Het zou ondoenlijk zijn al deze gevallen op te sommen. Op zich zelf zijn ze trouwens duidelijk en het is mij er hier enkel om te doen te wijzen op hun onrechtmatigheid-uitsluitende functie.

Ik wil hiermee afstappen van de beschouwing der algemeene schadevergoedingsregeling, in de hoop, dat het mij gelukt zal zijn aan te toonen dat de bekende zin van JHERING — Nicht der Schaden verpflichtet zum Ersatz sondern die Schuld — in zijn algemeenheid ook nu nog de grond der algemeene schadevergoedingsregelingen is en dat de eisch van „wederrechtelijkheid" per slot van rekening niet veel beteekent. Wat het begrip schuld zelf aangaat zoo hebben wij gezien dat op de subjectieve elementen (zoowel op de speciale toerekenbaarheid als op de toerekeningsvatbaarheid in algemeenen zin) belangrijke uitzonderingen gevonden worden — doch dat het objectieve element, dat juist niet in het zuivere schuldprincipe thuis hoort, zich in den loop der jaren en niet het minst in den tegenwoordigen tijd uiterst levensvatbaar getoond heeft en toont. In het volgend Hoofdstuk hoop ik nu eenige gevallen te behandelen, waar sommige personen aansprakelijk gesteld worden, ook al hebben zij geheel volgens de Verkehrssitte gehandeld en hen dus geen schuld treft — gevallen waar de schadevergoedingsplicht dus niet op schuld, dit begrip genomen in den zin waarin wij het boven hebben leeren kennen, gebaseerd is.

---

[1]) Meerdere voorbeelden vindt men nog bij v. LISZT bl. 96 v. bv. het geval dat een Rijksdaglid in een rede het crediet van een koopman benadeelt. Ook vallen hieronder de daden door een orgaan eener publiekrechtelijke corporatie binnen de grenzen zijner bevoegdheid verricht. Zie hierover de jurispr. ten onzent bij VAN SCHAIK bl. 216 v.

HOOFDSTUK II.

Regeling der speciale uitzonderingen op het schuldprincipe.

Wanneer ik nu overga tot eene beschouwing van eenige speciaal geregelde afwijkingen van het schuldbeginsel, dan wil ik er wel uitdrukkelijk op wijzen, dat men naar eene uitlegging van artikelen tevergeefs zal zoeken. Enkel indien er omtrent het aan de artikelen ten grondslag liggende beginsel verschil van opvatting bestaat, zal daarop gewezen worden, maar al het toevallige, alles wat niet direct met den rechtsgrond der bepaling te maken heeft, zal onbesproken blijven. In eene zoo kort mogelijke beschouwing te zoeken naar de richting, waarheen bij ieder instituut de ontwikkeling der rechtsopvattingen stuurt, is mijn doel.

Vooraf ga eene korte bespreking van de gegevens in het Romeinsche recht. Wij zagen hoe dit recht in de lex Aquilia zeer consequent het schuldprincipe doorvoert. De niet-aansprakelijkheid der niet-toerekeningsvatbaren, de niet-aansprakelijkheid van hem, die in zuiveren noodtoestand handelt zijn er zoovele bewijzen van. Toch waren er eenige speciale uitzonderingen, voor een goed deel reeds door JHERING vermeld. Ook ik wil ze in het kort even weergeven aangezien, al hebben zij hunne waarde voor het practische leven ongeveer geheel verloren, het blijken zal,

dat zij op de huidige rechtsopvattingen een grooten en duidelijken invloed hebben gehad.

Eene eerste uitzondering vormt de actio noxalis, eene actie, die ingesteld kon worden tegen hem, wiens slaven of huiskinderen eenige schade hadden toegebracht (I 4. 8.), dus geheel onafhankelijk van eenige schuld in den huisvader. De mogelijkheid om zich aan deze aansprakelijkheid te onttrekken door te bewijzen, dat hij de vereischte zorg had in acht genomen, een zgn. exculpatiebewijs is dezen dan ook nergens in de bronnen gegeven, veeleer met zooveel woorden gezegd, dat, ook al treft den huisvader in het geheel geen schuld, hij toch aansprakelijk is. (l 20 § 2 D 19 . 5). [1])

Vervolgens vinden wij de actio de pauperie (D 9 . 1) de actie tegen den eigenaar van een dier, waarbij dan nog verschil werd gemaakt tusschen wilde en tamme dieren. Ook deze aansprakelijkheid berust niet op schuld: het enkele feit van eigenaar zijn is voldoende. Toch is het merkwaardig dat men bij deze actie nog eene herinnering aan het schuldbegrip aantreft: immers bij tamme dieren wordt vereischt dat het dier de schade veroorzaakt heeft door eene gedraging „contra naturam sui generis" — anders dan men van zulk een dier verwachten zou. Van deze enkele herinnering afgezien is bij deze actie verder in het geheel geen schuld vereischt.

Ook de actio de effusis et dejectis, die tegen den bewoner van een huis gegeven werd, als een van zijne medebewoners door werpen of gieten schade veroorzaakt had, ook zonder dat den bewoner persoonlijk eenige schuld treft [2]), mag hier genoemd worden. Merkwaardig zijn de

---

[1]) Merkwaardig is, dat b.v. SOURDAT II. n. 755 er toch een faute réelle of althans présumée in wil zien! MATAJA zegt niet te veel, als hij dit een „ganzliches Verkennen der Rechtsgeschichte" noemt (bl. 48). In het Germaansche recht was de regeling gelijk. Vergelijk SCHMIDT in GIERKE's „Untersuchungen" XVIII bl. 43.

[2]) l. 5 § 5 D 44. 7. „ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur".

uitlatingén van ULPIANUS omtrent deze actie: Terwijl hij in l 1 § 4 D 9.3 bij den bewoner nog „culpa" wil zien beroept hij zich in l 1 § 1 D h. t. hier niet op; aangezien hij echter ook geen ander principe weet te vinden, schuift hij het maar op de billijkheid: „summa enim cum utilitate id Praetorem edixisse; publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari."

Bij de „cautio damni infecti" is iets dergelijks op te merken (D 39.2). Volgens dit instituut mocht ieder buurman van den eigenaar van een bouwvallig huis eischen dat deze zekerheid zoude stellen voor het geval het huis in zou storten. Door het instellen van dezen eisch tot zekerheidstelling werd deze aansprakelijkheid dus in eene contractueele getransformeerd, terwijl bovendien de eigenaar aldus opmerkzaam werd gemaakt op den slechten toestand van zijn gebouw. In zooverre, zegt JHERING [1]) diende deze eisch tot cautie-stellen om „das Moment der Verschuldung im Voraus festzustellen."

Toch ontkomt men niet aan het vermoeden, dat deze geheele eisch tot cautie-stellen een uitvindsel is om aan de consequentie van het schuldbeginsel te ontkomen; en men wordt hierin versterkt o. a. door het feit, dat men deze cautie reeds kon vragen, als het huis nog geheel normaal was en dus van een opmerkzaam maken op fouten geen sprake kon zijn. [2]) Deze eisch tot cautie stellen is dan ook in den loop der jaren afgesleten en wij vinden bv. in het „Gemeine Recht" deze eisch meerdere malen voor de jurisprudentie niet meer gesteld. [3]). Wel het beste bewijs, dat deze cautie niet de beslissende oorzaak was der aansprakelijkheid, doch dat veeleer ook

---

[1]) bl. 27 evenzoo BARON bl. 541 geciteerd bij MATAJA bl. 13. STEMBACH bl. 20 e. a.

[2]) l 2, l 19 § 1 D 39.2 vergelijk UNGER bl. 75. l 18 § 4 D 39.2.... „in quas tamen actiones ultra culpam nihil venit, plus autem in stipulationem venit damni infecti".

[3]) Zie UNGER bl. 79. Men zie ook de regelingen in het moderne recht.

al in het Romeinsche recht de werkelijke grond een geheel andere was.

Naast deze gevallen kende nu het Romeinsche recht nog eenige speciale bepalingen waarbij de aansprakelijkheid van schippers en herbergiers („nautae, caupones, stabularii") zeer verzwaard werd en deze o. a. aansprakelijk werden gesteld voor elk verlies der aan hunne zorg toevertrouwde zaken der reizigers overkomen, „etiamsi sine culpa eius perierit." Toch heeft men ook hier de schuldidee trachten binnen te smokkelen door, voorzoover hun ondergeschikten aangaat, reeds in het feit zelf, dat zij zulke slechte lieden in hun dienst hadden, onafhankelijk ervan of zij dit konden weten of niet, een soort schuld te zien: „aliquatenus culpae reus est quod opera malorum hominum uteretur! Niet ten onrechte zegt JHERING (blz. 47) dat deze verklaring „etwas Gezwungenes" heeft! Op andere plaatsen ziet men dan ook een beroep gedaan op de „improbitas huius generis hominum". Evenzoo bij de analoge aansprakelijkheid der belastingpachters, (publicani). [1])

Zelf voelen de juristen echter ook de onvoldoendheid dezer beroepen, en komen daarom als laatste redmiddel maar weer aandragen met de billijkheid: Maxima est utilitas huius Edicti. Hiernaast vinden wij echter tevens sporen eener andere opvatting, die zeer zeker de vermelding waard is: nl. l 7 pr. D4,9, nec immerito factum eorum praestat, quum ipse eos suo periculo adhibuerit.

Hiermee zijn de voornaamste meest beteekenende gevallen vermeld, welke trouwens op het eerste gezicht van niet heel groot belang schijnen te zijn. Om deze echter op hunne werkelijke waarde te schatten, houde men twee zaken wel in het oog. Ten eerste dat te Rome de grootindustrie, het grootbedrijf, dat tegenwoordig in alle opzichten in de maatschappij zulk eene ontzettende rol speelt, er op

[1]) l 1 § 2, l 10 D 39.1. „Quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones nemo est qui nesciat; idcirco Praetor ad compescendam eorum audaciam hoc Edictum proposuit.

eenige uitzonderingen na onbekend waren. [1] En het is juist, als we zien zullen, het grootbedrijf geweest, dat almee een van de voornaamste oorzaken is geweest van de in wetgeving en litteratuur tegenwoordig zoo sterke reactie tegen het schuldbeginsel.

Het tweede feit, dat men in het oog dient te houden, is de geheel verschillende inrichting der Romeinsche maatschappij in vergelijking met de onze; hoe het instituut der slavernij mede oorzaak was, dat wij in Rome van eene aansprakelijkheid voor werklieden ongeveer niets hooren. Bedenkt men dan nog, hoe ontzaglijk groot de hoeveelheid slaven vooral onder de eerste keizers was, dan komt de bovenvermelde zeer uitgebreide aansprakelijkheid voor slaven in een gansch ander licht en blijkt dat wij aan dit instituut een heel wat grooter beteekenis in de Romeinsche samenleving moeten toekennen dan men zoo oppervlakkig zou denken.

Behalve in deze gevallen dient echter geconstateerd te worden dat het Romeinsche recht op de meest consequente wijze het schuldprincipe heeft doorgevoerd. [2])

Wanneer wij nu overgaan tot eene behandeling van de gevallen waarin het hedendaagsche recht eene afwijking van het schuldprincipe statueert, of eene zoodanige door de litteratuur geeischt wordt, dan wil ik achtereenvolgens bespreken:

I de gevallen, waar men instaat voor andere p e r s o n e n

---

[1]) Bij de denkelijk voornaamste uitzondering, de groote maatschappijen van belastingpachters bestond juist eene algemeene aansprakelijkheid voor ondergeschikten, gelijk wij zagen. Zie o. a. MATAJA bl. 95, STEINBACH bl. 108.

[2]) Zie JHERING bl. 20, waar hij „der Gedanke der Schuld in seiner Durchführung durch das ganze Civilrecht" noemt „eins der unvergänglichsten Verdienste welche wir der römischen Jurisprudenz nachrühmen müssen" en dit een van de krachtigste argumenten oordeelt tegen den „verbreiteten Irrthum" dat de Romeinen enkel groot waren door hun techniek en methode, door „rein f o r m a l e n Fertigkeit des Operirens mit juristischen Begriffen".

II de gevallen waar men instaat voor zaken in den ruimsten zin van het woord

III de gevallen waar men instaat voor bepaalde handelingen.

I Aansprakelijkheid voor andere personen.

Het eerste geval is de aansprakelijkheid van hen, die belast zijn met het opzicht over jeugdige personen. De Code (art. 1384) en ons B. W. (art. 1403) noemen als zoodanig de vader en moeder [1]) (al. 2) en de onderwijzer en werkmeester [2]) (al. 4). Het d.b.G.b. § 832 en het schw. Obl. R. geven de algemeene uitdrukking: „allen die met het opzicht over eenig persoon belast zijn". In de regeling der aansprakelijkheid zijn evenwel al deze wetgevingen het eens [3]). Alle geven aan den aansprakelijken persoon een exculpatiebewijs: het recht om te bewijzen dat hij de daad niet heeft kunnen beletten, dat hij niet te kort geschoten is in zijn toezicht.

Theoretisch blijft de schuld hier toch nog naar algemeene opvatting de grond der aansprakelijkheid al is, „om practische redenen" de bewijslast omgekeerd; wat natuurlijk in de praktijk een zeer groot verschil maakt.

Meer vindt men over deze omkeering der bewijslast niet bij de schrijvers vermeld. En toch moeten wij haar beschouwen als een bewijs voor de ongenoegzaamheid van het schuldprincipe. Immers op zich zelf is dit beginsel dus volgens de normale regelen der bewijslast niet voldoende. De werkelijke — zij dan onbewuste — reden dezer regeling lijkt mij zeer analoog te zijn aan die welke in Duitschland en elders heeft geleid tot de aansprakelijkstelling van

---

1) Evenzoo de Ital. C. c., die evenwel naast den vader en de moeder ook de voogd heeft genoemd, wat voor C c en B. W. als bekend, een open vraag is.

2) Naar algemeene opvatting moet in al. 4 art. 1403 B. W., „knecht" aangezien worden voor een ongelukkige vertaling van „apprenti", leerjongen.

3) Enkel anders öst. allg. b. G b § 1309 dat van den benadeelde ook nog bewijs der schuld van den aansprakelijken persoon eischt.

niet-toerekeningsvatbaren. Men voelde onbewust de noodzakelijkheid, dat ook de schade door niet-toerekeningsvatbaren toegebracht moest vergoed worden en heeft daarom gezocht naar een wijze, waarop men dit althans eenigszins kon bereiken zonder al te zeer met het schuldprincipe te breken.

Een tweede geval aansprakelijkheid voor anderen is de aansprakelijkheid voor werklieden. Hier moeten wij beginnen met twee gevallen uiteen te houden, die vooral wat hunnen rechtsgrond aangaat maar al te dikwijls worden verward; n.l. in de eerste plaats de aansprakelijkheid van den ondernemer voor de daden die de ondergeschikten in de directe en goede uitvoering der hun opgedragen taak verrichten [1]), welke aansprakelijkheid natuurlijk een direct uitvloeisel is van de positie van beide personen — en in de tweede plaats de aansprakelijkheid van den werkgever voor schade aan wie ook toegebracht door eenige „onrechtmatige daad"van den ondergeschikte, althans door eenige handeling, die niet is eene goede uitvoering der opgedragen taak. Natuurlijk wenschen wij hier alleen het tweede geval te bespreken. Het is begrijpelijk dat men nimmer eene algemeene aansprakelijkheid voor alle daden van den werkman heeft gesteld; immer wordt wel eenig verband geëischt met de werkzaamheden, waartoe de werklieden worden gebezigd. De Code (1384 al. 3) en ons B. W. (1403 al. 3) eischen, dat de schade zij toegebracht „in de werkzaamheden waartoe zij dezelve gebruikt hebben" welke eisch zeer eng is doch door de jurisprudentie wordt opgevat als „ter gelegenheid van" [2]) welke verruiming met zoovele woorden gevonden wordt in den tekst van § 1153 al. 3 Ital. C.c. [3]) Het d. b. Gb. § 831, en het schw. Obl. R. art. 62

---

[1]) Deze aansprakelijkheid is volledig erkend in C. c. art. 1997, B. W. art. 1649. Vergelijk uitvoerig UNGER bl. 53—61.

[2]) Aldus SOURDAT II n. 888, VAN LENNEP bl 32 v, 125, 129 v.

[3]) Uitgebreid over deze vraag LEONHARD in zijn „Gutachten" voor de 15e Duitsche Jur. Tag. bl. 379.

spreken beide van: „in de uitoefening zijner verrichtingen," De Engelsche jurisprudentie eischt hetzelfde. [1])

Hiernaast vinden wij echter groote verschillen wat den omvang en grond der aansprakelijkheid van den meester aangaat. [2]) Zoo wordt naar aanleiding van eenige algemeene plaatsen in het Romeinsche recht [3]) de leer verdedigd, dat de ondernemer enkel aansprakelijk kan zijn voor eigen schuld, welke schuld dan hierin bestaan zou, dat de werkgever niet genoeg zorg had gebruikt bij het uitzoeken der werklieden (culpa in eligendo) of bij het toezicht (c. in inspiciendo) of bij het inlichten (c. in instruendo). Wij vinden deze opvatting b.v. in het öst. allg. b.G.b. § 1315. Ik behoef over deze in het Rom. recht misschien voldoende leer niet veel meer te zeggen. Toen de slavernij ophield en het gebruik van vrije arbeidskrachten hoe langer hoe meer ingang vond, bleek in gelijke mate hare ongenoegzaamheid. En nog veel meer, toen de industrie zich meer ging centraliseeren, toen van een uitkiezen der werklieden geen sprake meer kon zijn, toen feitelijk de normale toestand werd, dat niet een patroon al het werk dirigeerde, maar ontzaglijke corporaties met een heirleger hoogere en lagere beambten. Waar wil men hier van culpa in den meester spreken? [4])

Merkwaardig zijn dan ook de pogingen in Oostenrijk gedaan om aan de scherpe en duidelijke woorden der wet te ontkomen. PFAFF begon met te ontdekken, dat de redacteurs der wet eigenlijk van meening waren, dat ze iets veel ruimers hadden gestatueerd dan er feitelijk te lezen staat [5]) en men dus „in Zweifelsfällen eher in bejahenden als in

---

[1]) „Within the course (scope, range) of his employment". WHARTON bl. 155. Zij vatten dit evenwel zeer ruim op en laten b.v. een direct ongehoorzaam zijn aan een bevel van den meester, mits in den werktijd, er onder vallen. (bl. 162.)

[2]) Over deze vragen zie men uitvoerig de diss. van MR. H. VAN LENNEP, Amsterdam 1895.

[3]) Te vinden o. a. bij RÜMELIN, Gründe bl. 15.

[4]) Aldus uitvoerig MATAJA bl. 78 v.

[5]) Gutachten bl. 85, noot 285.

verneinenden Sinne" moest beslissen — wat de jurisprudentie dan ook in dankbaarheid voor deze vondst later trouw gedaan heeft. [1]) Hiernaast vinden wij in alle speciale wetten op het grootbedrijf, die ik heb kunnen onderzoeken, en dit geldt evenzeer voor Duitschland als Zwitserland, zoowel in de spoorweg- als mijnwetgeving als in de algemeene „Haftpflichtgesetze", gelijk trouwens in het Oostenrijksche en Duitsche Handelswetboek, eene algemeene aansprakelijkheid van den meester voor zijne ondergeschikten [2]) voor schade door hun schuld in het bedrijf ontstaan. Van een exculpatiebewijs voor den werkgever is nergens sprake.

De Oostenrijksche jurisprudentie grondt haar afwijkingen grootendeels op de theorie, dat eigenlijk de werkman een soort plaatsvervanger is van werkgever en dat de schadetoebrengende daad dus eigenlijk als die van den werkgever beschouwd moet worden. Deze zelfde theorie is ook in de Engelsche jurisprudentie gehuldigd die zich vergenoegd met een beroep op den algemeencn zin „Qui facit per alium facit per se". [3]) Het wil mij voorkomen, dat wij bij deze zeer veel gehuldigde opvatting te doen hebben met een staaltje van de verwarring, waar ik boven reeds in het algemeen op wees. Immers, doet een werkman precies wat de meester wil, dan is eene toepassing van dezen regel op haar plaats. Zoo spoedig echter de ondergeschikte iets anders doet dan de meester en ieder goed werkman zou gedaan hebben, dan gaat deze theorie niet meer op. Hoe kan men van een „ideëlle Verlängerung des Armes" spreken, als dit verlengstuk iets heel anders doet dan de eigenlijke persoon wil! [4])

---

1) Zie voorbeelden bij STEINBACH bl. 50 v. en uit den laatsten tijd bij MAUCZKA bl. 92.

2) Een uitgebreide opsomming met tekstaanhalingen vindt men bij MAUCZKA bl. 272 v.

3) Aldus WHARTON bl. 155, BRETT bl. 444.

4) UNGER bl. 62, noot 4. v. LENNEP bl. 53 v. In de Engelsche jurisprudentie wordt de genoemde zin dan ook enkel, gelijk bij zooveel

Het is de verdienste der Code en in navolging hiervan van ons B. W. dat zij het eerst in het algemeen met deze ficties gebroken hebben door radicaal den meester aansprakelijk te stellen voor alle schade door zijn ondergeschikten in de uitoefening hunner verrichtingen veroorzaakt.

Merkwaardig komt nu hier de aanhankelijkheid van de schrijvers aan het schuldprincipe voor den dag, eene aanhankelijkheid die wij ook in de verder te behandelen gevallen maar al te dikwijls zullen zien. Zij zien n.l. — het zijn vooral de Fransche schrijvers die zich hieraan schuldig maken — in ons art. een praesumtio juris et de jure, een onweerlegbaar vermoeden van schuld, [2]) en het is merkwaardig te zien, hoe scherp zij tegenover elkander staan in den strijd of die gepraesumeerde culpa nu is een culpa in eligendo, in instruendo enz., of een combinatie van eenige dezer! [3])

Een uitzondering maakt, naast later te behandelen schrijvers als JOSSERAND en SALEILLES, LÉON MICHEL (Rev. Crit. 1901) die afziet van de faute présumée doch in ons artikel een „obligation légale'' ziet — voor welke meening hij zich beroept op de latere jurisprudentie. Hiertegenover wil OPZOOMER VI bl. 333 zelfs wel een disculpatiebewijs toelaten. Met het oog op de woorden van ons artikel is het begrijpelijk dat hij hierin alleen is blijven staan. Merkwaardig is echter, dat ook onze H. R. in eenige arresten van den laatsten tijd ongeveer op hetzelfde standpunt zich heeft gesteld, al is het met

---

andere onderwerpen, gebruikt als een soort theoretische franje zonder eenige materieele beteekenis. It is not necessary that the principal or master schould expressly direct or have knowledge of the act done; it is enough that the servant was in the business of his superior. Zie verder DREYER Gutachten bl. 83—89.

[2]) Zie SOURDAT II n. 814. Een samenvatting van alle meeningen bij DALLOZ Nouv. C c ad art. n. 181. Laatstelijk zeer sterk PLANIOL II n. 907: l'art 1384 n'est au fond qu'une application spéciale du principe de la responsabilité personnelle des fautes, écrite dans l'art. 1382!

[3]) Uitvoerig bv. bij VAN LENNEP bl. 40 v.

andere grondslagen [1]). Eene beperking der aansprakelijkheid door het geven van eenig exculpatiebewijs laat de H. R. echter niet toe.

Wij kunnen dus constateeren, dat ongeveer algemeen in de Code en ons B. W. eene absolute aansprakelijkheid gezien wordt, wat in overeenstemming is met de legislatieve opvattingen van den lateren tijd. Daartegenover vinden wij nu weer in de laatste algemeene wetgevingen, het d.b.Gb. (§ 831) en het schw. Obl. R. (art. 62) een teruggang naar eene schuldpresumtie met exculpatiebewijs.

Naast de ruime opvatting der Code is deze terugtred een merkwaardig feit, te merkwaardiger waar de speciale wetten en Handelswetgevingen alle op het ruime standpunt staan. Men bedenke echter dat juist door deze vooral in Duitschland en Zwitserland zeer verreikende speciale wetgeving het geldingsgebied deze algemeene regelingen zeer beëngd is en in deze landen bij de verhouding werkgever—werkman toch al bijna altijd de absolute aansprakelijkheid geldt. Het schw. Obl. R. had trouwens een voorbeeld in het zoo geprezen Züricher Privatrechtsges.b. van Blüntschli dat zelfs geheel op het zuivere schuldprincipe stond, terwijl het d.b.Gb., dat in zijn bekende vasthoudendheid aan de Romeinschrechtelijke beginselen in Ontwerp I zelfs aan den benadeelde de bewijslast van de schuld van den werkgever had opgelegd, in het IIe Ontwerp tenminste deze bewijslast heeft omgekeerd, doch van het schuldprincipe zelf geen afstand wilde doen, aangezien het niet „durch ein Bedürfnis geboten und dem Rechtsbewustsein

---

1) H. R. 23 Febr. 1904, W. 8066. Een voerman eener stoomhoutzagerij kwam in botsing met een tram: geen schadevergoeding aan de trammij. omdat: „de handelingen van den voerman niet door hem verricht zijn onder de leiding of op de bepaalde aanwijzing van het personeel der stoomhoutzagerij maar geheel zelfstandig en hij dus daarbij niet was in den zin van art. 1403 al. 3 B. W. de met een dienstbode gelijk te stellen ondergeschikte van de stoomhoutzagerij," analoog H. R. 27 Mei 1903, W. 7927.

des deutschen Volkes entsprechend sei"[1]). Deze laatste mededeeling verliest wel iets van haar waarde, als men bedenkt dat op de 17e en 18e Jur. tag eene zoo ruim mogelijke aansprakelijkheid van den werkgever voor zijne ondergeschikten voor nalatigheden in de uitvoering hunner werkzaamheden en voor delicten in het bedrijf met overgroote meerderheid is aangenomen [2])!

De algemeene opvatting in de latere litteratuur, die zich niet enkel tot uitlegging der geldende wet bepaalt is dan ook een eischen van absolute, geheel van schuld geabstraheerde aansprakelijkheid [3]).

II. Wanneer ik nu overga tot een bespreking van de aansprakelijkheid voor zaken in het algemeen wil ik eerst er uitlichten de aansprakelijkheid voor dieren om daarna die voor levenlooze zaken te bezien. Ik doe dit niet, omdat geheel andere beginselen deze beide soorten van aansprakelijkheid beheerschen, maar omdat men ze gewoonlijk bij de schrijvers en in de wetgevingen afzonderlijk behandeld vindt.

Ook bij de aansprakelijkheid voor dieren ontmoeten wij verschillende opvattingen. Op het engste standpunt staat weer het österr allg. b.Gb. § 1320, dat zonder den eigenaar

---

1) UNGER bl. 69 v.

2) LABAND Arch. civ. Pr. Bd. 74 bl. 187 is dan ook zeer tegen de door „Romanistische Befangenheit" ingegeven regeling van het d.b Gb. Verder zie men UNGER bl. 62 v. Het Hong. Ontwerp § 1789 staat dan ook op het ruime standpunt, zie MAUCZKA bl. 275.

3) Aldus MATAJA bl 46 en de daar aangehaalde ENDEMANN, volgens wien de tegenwoordige maatschappij „mit innerster Notwendigkeit" een absolute aansprakelijkheid eischt Zie verder b.v. v. LENNEP bl. 97, wiens opvatting en verklaring, de zgn. „profijtstheorie" reeds door STEINBACH bl. 57 uitvoerig waren verdedigd, waarover later meer. In omgekeerden zin heb ik enkel gevonden EYSSELL Themis 1896 en 1897 die art 1403 al. 3 zelfs een „onhoudbare wetsbepaling" noemt. In den verderen loop van dit geschrift zal ik op deze ook in andere opzichten belangrijke artikelen nog wel terugkomen. Ik wil hier enkel wijzen op de zeer geïsoleerde positie van den schrijver en op eene goede critiek te vinden bij SCHOLTEN bl. 136—139.

speciaal te noemen ieder aansprakelijk stelt, die het dier „angetrieben, gereizt, oder zu verwahren vernachlässiget hat". Het voegt er nog bij dat, als de schuld niet bewezen is, de schade voor een „Zufall" gehouden zal worden. In § 1321 wordt evenwel voor schade aan bouwgrond toegebracht door andermans vee, de eigenaar ook zonder eigen schuld aansprakelijk gesteld, terwijl ook de schade aan personen door dolle honden toegebracht door den eigenaar vergoed moet worden [1]). Bovendien neemt de jurisprudentie het met het bewijs der schuld zoo nauw niet, maar leidt ook in gevallen, waar den eigenaar niets te wijten is, uit het feit der schadetoebrenging zelve zonder eenig verder bewijs het bestaan der schuld af — een kunstje dat ook door de Fransche en onze jurisprudentie maar al te dikwijls in den vorm van een „bewijs door vermoedens" of als een reden tot omkeering der bewijslast wordt gebezigd, [3]) en wat in de praktijk tot eene groote uitbreiding van het schuldbeginsel kan leiden, over welker theoretische waarde ik echter liever wil zwijgen!

---

[1]) Zie STEINBACH bl. 22 v. die nog eenige geringere uitzonderingen noemt.

[2]) Zie voorbeelden bij MAUCZKA bl. 354 v.

[3]) Men vindt meerdere staaltjes hiervan o.a. in de vonnissen bij DRUCKER R.M. 1890 bl 601 vermeld, waar deze omkeering van van bewijslast plaats grijpt. Zeer merkw. is b.v. HOF N. H. 9 Oct. 1862 W. 2442: .... mits naar den regel niemand het recht heeft den persoon of de goederen van een ander te beschadigen, alzoo het feit zelve dier beschadiging te beschouwen is als een onrechtmatige daad, tevens het vermoeden van schuld bij den dader meebrengende, welke dezen tot vergoeding verplicht. wanneer hij niet aantoont, dat hij het recht had tot de daad of dat het feit buiten zijn schuld door overmacht is veroorzaakt. Evenzoo Hof A'dam 24 Dec. 1897 W. 7106 (bij aanvaring tegen een brug) . . . dat zoodanige aanvaring op zich zelve reeds vormt een onrechtmatige daad . . . tenzij de dader of degeen die daarvoor aansprakelijk is er in slage te bewijzen dat het desaster aan toeval of overmacht ware te wijten. Zie hiertegenover het zuiver geformuleerde arrest Hof 's-Gravenhage 22 Juni 1905 W. 8273, dat lijnrecht het tegenovergestelde beweert. Men zie ook de bij SCHOLTEN bl. 39 aangehaalde woorden van OPZOOMER en MARCADÉ.

De Code art. 1385 en ons B. W. art. 1404 staan hier dan ook op een ruimer standpunt, gelijk een gewone onbevooroordeelde lezing der artt. m. i. moet doen zien. Een exculpatiebewijs wordt er niet in gegeven. Toch heeft men voor deze artt. schuld willen eischen, ja een recent vonnis hier te lande eischte zelfs bewijs hiervan, althans stellen bij dagvaarding door den benadeelde. [1]) Anderen willen niet zoover gaan doch, hoewel het er niet staat, een exculpatiebewijs geven aan den eigenaar en aldus op den schuldbasis terugkomen. Aldus b.v. hier te lande Segers in een artikel in het R. M. 1890. [2]) De algemeen gehuldigde opvatting gaat verder en ziet in ons art. eene absolute aansprakelijkheid onafhankelijk van eenige nalatigheid in den eigenaar. [3]) Als grond dezer aansprakelijkheid wordt nu weer druk geschermd met een praesumtio juris et de jure een onweerlegbaar vermoeden van schuld. Naast de bij Scholten bl. 39 geciteerde schrijvers zou ik nog willen wijzcn op Sourdat II n. 1439 die zelfs bij het geheel plotseling dol worden van honden een schuld aanneemt, immers: „il n'est jamais prudent de laisser ces animaux en liberté" !! [4])

Algemeen nemen nu de Fransche schrijvers toch nog

---

[1]) Aldus een vonnis Rb. A'dam 7 Dec. 1900 W. 7599, zie v. Ittersum R. M. 1903. Dit vonnis is begrijpelijkerwijs door het Hof vernietigd 20 Dec. 1901 W. 7742, overwegende o.a. „dat het door de Rechtbank gestelde vereischte van schuld buiten de wet ligt."

[2]) M.i. op zwakke historische gronden. De geheele bouw van art. 1403 waar in de gevallen waar een exculpatiebewijs bestaat dit „ipsis verbis" gegeven wordt en het door den schrijver wel een weinig achteraf gezette argument dat eerst ook in 1404 een alinea stond die een exculpatiebewijs gaf, welke alinea later opzettelijk is weggelaten, doen m. i. naast de niet twijfelachtige woorden der wet de deur toe.

[3]) Men zie b.v. Land bl. 161 v. Dalloz Nouv. Cc. ad art. n. 1 v. Anders Sourdat II n. 1430, Planiol II n. 920 v.

[4]) Aldus ook b.v. het vervolg van het vonnis Hof A'dam 20 Dec. 1901 W. 7742: „dat in 't schadeveroorzaken door het dier het vermoeden van verzuim of onachtzaamheid ligt opgesloten."

eenige uitzonderingen aan, waar geen schadevergoeding gegeven moet worden, nl. ingeval van „cas fortuit ou forcc majeure" en bij eigen schuld van den benadeelde [1]). Het laatste geval er buiten latend, lijkt het mij niet ondienstig op deze begrippen „cas fortuit" en „force majeure" wat nader in te gaan, er op wijzend dat deze woorden ook in de wet voorkomen nl. bij de algemeene regeling der schadevergoeding in contracten art. 1148 Cc. 1281, B. W.: overmagt of toeval. Wat ik nu ga zeggen, geldt dus evenzeer voor die algemeene regeling, waar ik echter verder om reeds vermelde redenen niet op in wensch te gaan.

Allereerst wil ik wijzen op het groote verschil, dat bestaat tusschen deze regeling en een exculpatiebewijs gelijk dat op verschillende plaatsen is gegeven. Immers bij een exculpatiebewijs wordt enkel geëischt het zuiver negatieve bewijs, dat de gepresumeerde of desnoods bewezen schuld niet bestaat, dat den gedaagde geen nalatigheid te wijten is, doch dat hij geheel als een goed huisvader gehandeld heeft.

Bij een geëischt bewijs van „force majeure ou cas fortuit" is de, gelijk wij zien zullen slecht uitgedrukte, bedoeling dat de gedaagde zich enkel aan de aansprakelijkheid onttrekken kan door een positief bewijs der buiten hem liggende omstandigheden, die dan wel de schade tengevolge hebben gehad; hiermee wordt hem dus een exceptief bewijs op de schouders gelegd. [2])

---

[1]) Aldus b.v. AUBRIJ ET RAU § 448 note 10. DEMOLOMBE XXXI n. 654, en de constante jurisprudentie aangehaald bij SOURDAT II n. 1431 noot 3, zoowel van de „Cour de Cassation" als van de lagere colleges: alle eischen „la preuve formelle d'un cas de force majeure ou d'une faute de la partie lesée.

[2]) Dat de Franschen ook voor art. 1148 Cc een positief bewijs van cas fortuit eischen vermeldt o. a. DALLOZ met een uitvoerige verwijzing naar de schrijvers: Nouveau Cc ad art. n. 1 v., 226—234. Evenzoo van de lateren PLANIOL II n. 231 die zich tevens beroept op de woorden cause étrangere, vreemde oorzaak in 1147 Cc, 1280 B. W. Ten onzent heb ik over deze vraag ongeveer niets kunnen vinden. Men eischt algemeen (ik heb uit de laatste 10 jaren geen

Het enorme theoretische verschil is, dat in het eerste geval het schuldprincipe de basis blijft, zij het dan ook met omkeering der bewijslast, terwijl in het tweede geval principieel van het schuldbeginsel afscheid genomen word en enkel een bewijs wordt toegelaten, dat er tusschen het tot schadevergoeding verplichtende feit, het zij dan een band van eigendom of welke ook, een andere gebeurtenis is getreden die het eerste causaal verband heeft doen ophouden en zelf oorzaak der schadevergoeding is geworden. Het tweede stelsel, het geven van een exceptief bewijs is dus zuiver eene quaestie van causaliteit. Dit alles is ook althans bij de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen, waar de quaestie, gelijk wij zien zullen, analoog speelt, zeer zuiver gevoeld door SALEILLES als hij, bl. 59, zegt, dat wij bij deze aansprakelijkheid niet volstaan kunnen met een „fait exempt de toute faute", maar dat bovendien bewezen moet worden „la negation du rapport de causalité personnelle et pas autre chose".

Boven zeide ik reeds, dat deze bedoeling om een positief bewijs van eenige andere oorzaak te eischen slecht uitgedrukt was. En dit komt, afgezien nog vooreerst van het woord „force majeure", vooral door de opname – trouwens in navolging van art 1148 C.c. – van het ongelukkige woord „cas fortuit" om deze bedoeling uit te drukken. Immers wat is het geval. Reeds in het Romeinsche recht, en in navolging hiervan in de tegenwoordige rechtswetenschap heeft het begrip „casus", „Zufall", „toeval", „cas fortuit" geheel en al de zuiver negatieve beteekenis gekregen van eene niet aan iemands schuld te wijten gebeurtenis. Het is onnoodig hier met eene serie bewijsplaatsen voor deze algemeen bekende omstandigheid aan te komen. Ik wil enkel wijzen op een zeer duidelijke plaats in de Instituten IV 3, 3, waar „casu" geheel gelijkgesteld wordt met: „si culpa eius nulla

vonnis in andere richting gevonden) een positief bewijs van de bevrijdende daadzaak zonder zich om de theoretische beteekenis hiervan te bekommeren. Zie Diephuis X bl. 94 v., Opzoomer VI ad art. Een afwijkende meening ASSER c. s. III bl. 110.

invenitur" en op de aan dit onderwerp gewijde en reeds meer geciteerde Antrittsrede van RÜMELIN, „der Zufall im Recht" bl. 17 en zijne conclusie, bl. 53, waar hij er op wijst, dat het begrip „Zufall" allereerst enkel als tegenstelling van „schuld" werd gebruikt, omdat schuld de eenige aansprakelijkstellende omstandigheid was, doch hoe het langzamerhand ook als tegenstelling der overige niet op schuld berustende gevallen gebruikt werd; „in allen Fällen spielt er aber die Rolle eines Grenzbegriffes [1]).

Deze algemeene negatieve beteekenis nu moet in de geciteerde uitdrukking verlaten zijn, immers anders ware een positief bewijs van „cas fortuit" geheel en al onnoodig en zou reeds voldoende zijn het eenvoudige negatieve bewijs van geen schuld, van voldoende, „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" [2]) Wij moeten dus wel komen tot eene andere tegen de gewone begrippen ingaande „technische" positieve beteekenis van „cas fortuit" bij dit onderwerp en het is dan ook DALLOZ die in zijn „Nouv. Cc." ad art 1382 no. 66 uit de jurisprudentie deze definities heeft gedistilleerd: „La force majeure implique le fait de l'homme tel que l'état de guerre, le vol à main armée etc.; le cas fortuit tout évènement dû au hasard, tel que l'incendie résultant d'un vice de construction, une inondation, la gelée etc.! Het is echter jammer, dat deze ingenieuse afscheiding in beide richtingen door de wet zelve wordt vernietigd. Al dadelijk

[1]) Men zie ten onzent bv. GOUDSMIT I bl. 187, FEITH uitvoerig bl. 163. Een zeer uitvoerige beschouwing geeft ook MAUCZKA bl. 102 v. en 336 v. terwijl hij bv. wijst op de wettelijke definities in den Codex Theresianus III 21, N 152: Für zufällig werden alle Beschädigungen gehalten wann deme von welchem sie zugefügt worden, nichts beigemessen werden kann, en in het Westgal. Gesetzbuch III, 412: Begebenheiten, die keine freie Handlung oder Unterlassung zum Grunde haben, nicht vorhergesehen oder wenigstens nicht vermieden werden können, gehören nicht unter die Verschulden: es sind Zufälle.

[2]) Ik geloof dan ook dat het vooral dit woord is wat er bv. PLANIOL toebrengt om van de jurisprudentie te eischen, dat als ze dit woord opneemt, zij ook consequent tot een zuiver exculpatiebewijs moet komen.

in de Code zelf, die nog op eene andere plaats zelve overgaat tot een positieve definitie van „cas fortuit" en daar zelfs nog een scheiding gaat maken tusschen „cas fortuits ordinaires" en „extraordinaires!" Ik bedoel art. 1773 Cc (B. W. 1632). Dit art. nu brengt ravages de la guerre onder de cas fortuits (extraordinaires) en volgens de gegeven definitie zouden zij onder „force majeure" moeten vallen. Een plaats waar daarentegen force majeure en overmacht ook weer alle zgn. cas fortuits omvat is te vinden in C. de comm. art. 103 (W. v. K. art 91). Het blijkt dus wel, dat de Fransche Code, en ons B. W. niet minder, allerraarst met deze beide begrippen omgaan, vooral met het begrip toeval, waaraan niet alleen tegen de algemeene opvatting in eene positieve beteekenis wordt gegeven, maar waarvan zelfs deze „technische" beteekenis nog allerminst vaststaat! [1]) Uit eene vergelijking met art. 103 C. de comm. bleek trouwens dat ook „force majeure" in zijne ruime beteekenis alles vrijwel omvat, zoodat wij ten minste „cas fortuit" kunnen weglaten. De nieuwere Fransche jurisprudentie doet dit dan ook voornamelijk op aansporing van SALEILLES [2]) en JOSSERAND [3]), gelijk deze laatste in zijn latere notes au DALLOZ 1904, 2.257 en 1905 2.417 met voldoening vermeldt [4]).

Ook dit begrip force majeure is nu nog verre van bepaald! Ik wil hier niet op ingaan, doch er enkel op wijzen welke theorieën alzoo gevonden worden. [5]) In de eerste plaats treft men ook hier een objectieve en een rela-

---

[1]) Art. 538 K is ook een sterk bewijs voor de positieve beteekenis van toeval. Eene andere opvatting, althans de gewone negatieve, als complement van schuld, is hier onmogelijk.

[2]) Bv. bl. 3, waar hij cas fortuit „au sens technique du mot" geheel gelijk stelt met „force majure."

[3]) Voornamelijk in zijn Note au Dalloz 1900. 2. 289 waar hij de twee beteekenissen van cas fortuit vrij uitvoerig behandelt.

[4]) Men zie bv. uit den laatsten tijd het arrest Cour de Cass. 28 Nov. 1904. D. 1905 I. 253.

[5]) Eene opsomming der litteratuur vindt men bij UNGER bl. 92 noot 23 en bij MERKEL bl. 209 v.; eene korte zeer goede uiteenzetting in het „Gutachten" van GELPKE voor den 22 Jur. Tag.

tieve of subjectieve opvatting van het begrip. De beteekenis dezer woorden is duidelijk. Volgens de objectieve, reeds in het Romeinsche recht verdedigde, opvatting kan men eerst dán van vis major spreken, wanneer de schade een gevolg is van een oorzaak waar men nooit iets aan zou kunnen doen, hetzij men deze voorzien kan of niet: „cui humana infirmitas resistere non potest." Op deze wijze geeft men aan het begrip dus een zelfstandige positieve beteekenis die echter verre van vast omlijnd is en die misschien bij het vervoercontract in het Romeinsche recht bruikbaar is doch bij de aansprakelijkheid van dieren weinig bruikbaarheid bezit. Men denke bv. aan een plotseling dol worden van een hond!

De relatieve, subjectieve opvatting eischt niet absolute onafwendbaarheid, maar relatieve. Zij eischt dat de aansprakelijke persoon — bij de aansprakelijkheid voor dieren dus de eigenaar van het dier — met aanwending der noodige zorg het onheil niet had kunnen afweren. Het is duidelijk, dat deze opvatting neerkomt op eene algeheele gelijkstelling met toeval, op eene zuivere negatie van het schuldbegrip en dus als positief begrip in ons geval onbruikbaar is. Toch wordt zij zeer veel aangehangen. [1]

Naast deze twee opvattingen der vis maior staat nu nog eene andere, die, wat den eisch der onafwendbaarheid aangaat op het relatieve standpunt staat, doch nu eene scheiding gaat maken tusschen uitwendige en inwendige oorzaken, een theorie, die wij nog wel ontmoeten zullen bij de aansprakelijkheid voor bedrijfsnadeelen. [2]) Ook deze opvatting is in de Fransche jurisprudentie over dit onderwerp onbruikbaar,

---

1) Men zie eene samenvatting der schrijvers in dezen zin bij Merkel bl. 210 noot 1.

2) Aldus b v. Unger bl. 93: „vis maior und aüsserer Casus sind auf dem Gebiete des Haftpflichtgesetzes identische Begriffe." Als bewijs noemt hij ook dat in de Pruische spoorwegwet van 1838 staat „durch einen unabwendbaren aüszeren Zufall", wat in het Haftpflichtgesetz van 1871 is omgezet als „durch höhere Gewalt" met de uitdrukkelijke bijvoeging, dat men geen verandering van beteekenis wilde. Zie verder over deze wetten hier beneden bl. 82 v.

aangezien de jurisprudentie wel degelijk ook in die gevallen, waar eene innerlijke oorzaak het dier een geheel niet te voorziene schade doet aanrichten, soms een beroep op force majeure toelaat [1]). Zeer goed bruikbaar is deze opvatting daarentegen in de artt. 103 C de comm. 91 W. v. K. aangezien hier juist „vice propre de la chose," een gebrek van het goed zelf naast force majeure, overmacht gesteld wordt! [2])

Hoe dit ook zij, het blijkt wel, dat een zuiver begrip van force majeure niet is te geven. En dit ligt m. i. ook geheel en al in den aard der zaak. Want evenals casus, toeval, het complement der schuld is, zoo is force majeure altijd — in civilibus — gebruikt als complement tot een strengere, niet op schuld gebaseerde aansprakelijkheid. Zoo reeds in het Romeinsche recht bij de aansprakelijkheid van nautae, caupones enz., zoo ook tegenwoordig. A priori is dus aan te nemen dat een positieve definitie van dit begrip falen moet. Zij kan enkel als een, dan nog zeer gebrekkig, hulpmiddel dienen zoolang men het over den zuiveren rechtsgrond der aansprakelijkheid oneens is, maar wel voelt, dat eene strengere dan de op schuld gebaseerde aansprakelijkheid noodzakelijk is. En met zulk een geval hebben wij m. i. hier bij de aansprakelijkheid van dieren te doen. Naarmate men echter omtrent den werkelijken omvang der aansprakelijkheid tot meerdere klaarheid geraakt en men deze positief weet te omlijnen, vervalt in dezelfde mate de beteekenis der force majeure om ten slotte, gelijk het begrip toeval, enkel een zuiver negatief grensbegrip te worden naast een positieve strengere aansprakelijkheid. [3]) Op de

---

[1]) Zie SOURDAT n. 1431 v. DALLOZ Nouv C c ad art. no. 9.v, 14, nos. 11—13 echter anders. De jurisprudentie is over het algemeen zeer weifelend.

[2]) Men zie verder KARSTEN Themis 1873. SCHOLTEN bl. 77v.

[3]) Men zie in dezen zin het heldere betoog van RÜMELIN Zufall bl. 25 v. bl. 27 oa: Es ist also auf den legislativen Grund zurückzugehen, durch den die strengere Haftung gerechtfertigt wird. Rümelin verwijst ook naar het boven reeds genoemde Gutachten van Gelpcke, waarnaast men ook de redevoeringen op de 22e Jur Tag (Verhandl. IV bl. 104 v.) kan vergelijken.

22e Duitsche Juristendag is het woord „höhere Gewalt" dan ook eenstemmig als positief begrip onbruikbaar verklaard en de hoop uitgesproken, dat het niet in het d.b.Gb. zou worden opgenomen. Dit is dan ook niet gebeurd en zeer juist heeft dit wetboek in de §§ 275, 280, 282 dit begrip en het toevalsbegrip vervangen door de zuiver negatieve definitie: „ein von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstand". [1])

Men vergeve mij deze uitwijding. Zij leek mij noodig om eenige klaarheid te brengen in begrippen die men, gelijk wij boven ook omtrent het begrip schuld opmerkten, enkel maar noemt, en dan meent hierdoor alles verklaard te hebben, zonder het begrip zelf eens wat nader te bezien. Bovendien zal verderop nog blijken — ik wees er reeds op — dat deze beschouwingen niet enkel waarde hebben voor een goed begrip van de Fransche opvatting der aansprakelijkheid voor dieren, maar ook en vooral bij de begrenzing der aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en -schaden.

Hier was het er mij alleen om te doen aân te toonen, dat deze uitsluiting en positieve opvatting van „force majeure et cas fortuit" enkel een bewijs is van de onzekerheid, die over den rechtsgrond der aansprakelijkheid voor dieren heerscht. Wij zagen boven dan ook reeds, hoe er tusschen de schrijvers oneenigheid bestaat, doch het grootste deel met de jurisprudentie den schuldbodem verlaat en een algemeene, trouwens in de woorden liggende, aansprakelijk-

[1]) Ook in het H. Gb is bij de herziening van 1897 te gelijk met het d.b.Gb. de § 395 (oud) waar de aansprakelijkheid van vrachtvoerders negatief door het begrip höhere Gewalt (vis maior) omschreven was, vervangen door § 429 met een positieve definitie dier aansprakelijkheid. Enkel in § 456 (de aansprakelijkheid van spoorwegen voor vervoerde goederen) komt het woord „höhere Gewalt" voor, doch niet als afgrenzing der aansprakelijkheid maar enkel om een beroep er op door de spoorwegmij. van te voren onmogelijk te maken. Hiernaast lijkt het eenigszins gek als Scholten in 1899 nog met deze § 395 oud (hij schrijft bovendien nog 365) komt aandragen als „een nieuw voorbeeld". Zie bl. 79.

heid aanvaardt met eenige positieve uitzonderingsgevallen. Veel houvast vinden wij in het Fransche recht en ten onzent dus niet, al is een tendenz tot ruimer aansprakelijkheid dan uit schuld niet te ontkennen.

Wat nu de overige rechtssystemen aangaat, vinden wij in het Engelsche recht[1]) de romeinschrechtelijke scheiding van gevaarlijke, wilde — tamme en huisdieren overgenomen, gelijk deze ook te vinden was in het Ontw. d.b.Gb. Voor wilde dieren is men altijd aansprakelijk, terwijl voor tamme dieren men enkel aansprakelijk is als men niet die zorg in acht genomen heeft, die bij dieren van die soort vereischt was of bij dit speciale dier. Dus theoretisch het zuivere schuldprincipe. Echter behoeft de benadeelde niet te bewijzen, dat de eigenaar de natuur van die soort dieren of zijn dier kende: „cui facile est scire ei detrimento esse debet ignorantia sua." Indien men nu — en de Engelsche rechter is hier zeer toe geneigd — uit de schadetoevoeging tot de slechte natuur van het dier besluit[2]), is het begrijpelijk, dat deze aansprakelijkheid zeer uit te breiden is. Eene uitzondering wordt echter constant gemaakt nl. door een sudden and unnatural mischief bv. een plotseling dolwordende hond enz.[3])

In het Zwitsersche recht vindt men een disculpatiebewijs aan den eigenaar gegeven.

In het d.b.G.b. is de geschiedenis van deze bepaling zeer merkwaardig. In het Ie Ontwerp was zelfs bewijs van den schuld des eigenaars geëischt. In het 2e Ontwerp was op veler aandrang dit bewijs bij niet-huisdieren onnoodig en bij huisdieren een disculpatiebewijs gegeven. Ook hiertegen is zooveel tegenkanting geweest dat eindelijk in de slotredactie, § 833 v., een absolute geheel van schuld onafhankelijke aansprakelijkheid voor dieren is opgesteld.

---

1) WHARTON bl. 760 v.

2) Men vergelijke de bij de aansprakelijkheid voor zaken te behandelen prima facie theorie, die ook bij de aanspr. voor dieren zich uit. WHARTON bl. 767.

3) WHARTON bl. 770 v.

Dit gaat nu weer een Romanist als RÜMELIN te ver; [1]) tenminste voor „die im landwirthschaftlichen und gewerblichen Betrieb nothwendigen Thiere" vindt hij eene absolute aansprakelijkheid te bezwarend, daar zij vooral voor „die kleinen Betrieben zu sehr belastend" zoude zijn. [2]) Heeft deze in 1896 geuitte vrees zich bewaarheid? Eenerzijds is in het zeer door het d.b.Gb. beïnvloede Hong. Ontwerp § 1780 al. 1 hetzelfde systeem aangehangen, doch daartegenover staat dat reeds in 1903 in den Rijksdag een voorstel is gedaan om in § 833 een exculpatiebewijs te geven gelijk dit in § 831 (zie boven) bij de aansprakelijkheid van den meester gegeven is. In hoeverre dit voorstel zijn grond vindt in innerlijke noodwendigheid dan wel in zuiver agrarische overwegingen — het voorstel is gedaan door het Centrumlid von Treuenfels c.s. — durf ik niet te beslissen. Een bewijs voor een werkelijke overbelasting van het kleine boerenbedrijf is het in allen gevalle niet. [3]) Toch schijnt het bezwaar ook in breeder kring gevoeld te worden. Althans eenige weken geleden is er een regeeringsvoorstel ingediend om, met behoud van het algemeene beginsel die gevallen uit te sluiten „wenn das Thier ein Haustier ist, das dem Berufe, der Erwerbthätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt ist." [4])

Naast deze artt. stelt het d.b.Gb. § 835 en een Oostenrijksche jachtpatentwet van 1786 een absolute aansprakekelijkheid in van den grondbezitter voor schade door wild aan een anders landerijen toegebracht. [5])

---

[1]) Gründe bl. 51.

[2]) Zoo b.v. het Preusz Landr. I.6.72 dat voor alle dieren absolute aansprakelijkheid statueerde, behalve voor die welke „in der ländlichen oder stadtischen Haushaltung" werden gebruikt,

[3]) Zie oa. OERTMANN Jur. Z. 1904 bl. 136 die, wat haar innerlijke waarde aangaat, afgescheiden van haar beteekenis in het algemeen systeem van het db Gb, deze bepaling nog zoo slecht niet vindt. Ongunstiger daarentegen een paar artikelen in de Jur. Z. 1905 bl. 138, 339, 383.

[4]) Zie een art. van v. BAR in „die Nation" van 5 Mei 1906.

[5]) In Frankrijk gaat men voor deze schade terug tot art. 1382 het algemeen schuldartikel; de Fransche jurisprudentie smokkelt hier

Hiermee zijn wij genaderd tot de aansprakelijkheid voor z a k e n in het algemeen.

In het Romeinsche recht vonden wij hiervan een voorbeeld: de cautio damni infecti, welke, gelijk wij zagen, gebaseerd was op eene ruime aansprakelijkheid voor gebouwen. Wij wezen er op, hoe in het „gemeine Recht" de eisch van cautiestelling verviel, welk feit wij ook ontmoeten in de nieuwere rechtssysteemen. Hiermee gaat nu tevens eene beduidende uitbreiding der actie gepaard. Immers konden in het Romeinsche recht enkel de buren cautie vragen, nu wordt iedereen door de bepaling beschermd, wat bij een huis aan den openbaren weg een groot verschil kan maken. Dit alles wordt nog meer gerechtvaardigd hierdoor, dat buurlieden een mogelijkheid van instorten soms nog kunnen voorzien en dus hun maatregelen treffen, wat voor voorbijgangers onmogelijk is. [1])

Deze verruiming van het instituut is dan ook in alle tegenwoordige wetboeken te vinden [2]); tevens houden ze echter vast aan den eisch dat de schade moet ontstaan zijn vitio aedium, door een verzuim in het onderhoud of een gebrek in de bouwing of inrichting, „fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung." Het is dus duidelijk, dat al deze regelingen, behalve het d.b.Gb. dat in § 836 een exculpatiebewijs toelaat, het schuldprincipe verlaten hebben en een ruimer beginsel zijn gaan aanhangen. Algemeen wordt dit toegegeven. [3]) Toch vindt

---

wel een weinig met deze schuldeisch en staat vrijwel op het standpunt dat de schade zelve reeds de negligence bewijst o.a. met een beroep op: Qui occasionem praestat damnum fecise videtur. Men zie de talrijke arresten over schade door konijnen aangericht bij SOURDAT II 1425 v en PLANIOL II v. 922.

[1]) Aldus UNGER bl 80 v.

[2]) Cc 1386 = B. W. 1405. schw. Obl. R art. 67. d.b. Gb. § 836—838. Het Oostenr. Allg. b.G b. 16 erkent enkel in § 343 een recht tot cautievragen Toch wordt ook daar eene algemeene vergoedingsplicht erkend PFAFF bl. 47 noot 136. UNGER bl. 80. Zie MAUCZKA bl. 354 v.

[3]) O. a SCHOLTEN bl. 43, DIEPHUIS XI bl. 110, PLANIOL II n. 925, STEINBACH bl 22, UNGER bl. 81.

men ook hier nog telkens herinneringen aan het schuldprincipe. Zoo b.v. SOURDAT waar hij ook bij een gebrek van het gebouw nog eene schuld wil aannemen. Immers: le propriétaire a dû s'assurer quand il l'a reçu du constructeur, qu'il remplissait les conditions de solidité nécessaires [1]). Men ziet licht in dat deze redenatie bij inwendige niet te vinden gebreken, in 't geheel niet opgaat, en toch is ook daar ongetwijfeld de eigenaar aansprakelijk [2]). SOURDAT gebruikt deze redeneering echter niet enkel om zijn liefde voor het schuldprincipe tevreden te stellen, hij heeft er tevens een verrijkend doel mee. Uitgaand van het beginsel, dat uitzonderingsbepalingen niet analoog mogen worden toegepast, wil hij n.l. aldus art. 1386 in overeenstemming brengen met de schuldtheorie om dit artikel analoog te kunnen toepassen zonder in strijd te komen met de 141ste regula juris: Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. Het is duidelijk, dat SOURDAT, al vindt hij voor deze theorie eenig houvast in de Fransche jurisprudentie [3]), altijd vastloopt. Immers óf men mag art. 1386 analoog uitbreiden omdat het eene zuivere toepassing is van het schuldprincipe, maar dan is het onnoodig, doordat art. 1382 reeds zoo algemeen mogelijk eene schadevergoedingsplicht uit schuld opstelt, óf art. 1386 is ruimer dan 1382, in welk geval er eenige reden voor analoge uitbreiding zou bestaan, maar dan mag het niet, aangezien art. 1386 dan buiten het schuldprincipe gaat en dus hierdoor eene uitzonderingsbepaling wordt.

Welke was nu die analogie, die SOURDAT wilde toepassen? Hiermee zijn wij gekomen tot een van de grootste afwijkingen van het schuldprincipe van den lateren tijd, althans

---

[1]) II n. 1453 v.

[2]) Een voorbeeld zoo mooi als de theorie bezwaarlijk zou kunnen bedenken vinden wij bij SOURDAT II n. 1463, n.l. een vonnis Cour d'Amiens 21 Maart 1860.

[3]) II n. 1451 noemt hij vonnissen en arresten die art. 1386 uitbreiden tot afbrokkelingen van de oevers van een kanaal, ontploffing van een stoomketel enz.

die van de meeste beteekenis. Ik doel n.l. op de aansprakelijkheid voor alle machines of nog ruimer alle hulpmiddelen waarvan de tegenwoordige grootondernemer en de grootindustrie gebruik maken. Wegens de ontzettende hoeveelheid hier aanwezige gegevens is het geheel onmogelijk eene eenigszins volledige uiteenzetting te geven van den stand van dit vraagstuk in den tegenwoordigen tijd: ik wil enkel trachten in hoofdtrekken een denkbeeld te geven van de hier voorkomende afwijkingen van het schuldprincipe. Twee onderwerpen wil ik al dadelijk tot later bewaren, nl. de aansprakelijkheid jegens den arbeider en jegens de vervoerde personen of zaken in het spoorwegverkeer.

De nu te behandelen gevallen verdeelen zich in tweeën: 1º. de gevallen van aansprakelijkheid door schaden voortvloeiende uit het bedrijf bij een abnormalen toestand, „fehlerhafte Beschaffenkeit" der machines enz.; en 2º. die, welke reeds voortvloeien uit eene normale exploitatie van het bedrijf, die dus liggen in den aard van het bedrijf zelve. De scheiding tusschen beide groepen is niet zuiver te trekken, gelijk blijken zal. Voor eene zuiverheid van betoog lijkt het mij echter goed deze verdeeling wel te maken.

Bij de eerste soort nadeelen is vooral de analogie, die Sourdat wilde toepassen, zeer bruikbaar. De toestanden zijn immers geheel hetzelfde en het is niet in te zien waarom de eigenaar van een huis wel en bv. die van een stoomboot niet aansprakelijk zou zijn, indien beide tengevolge van een inwendig gebrek aan eenig ander persoon of goed schade toebrengen.

Vooral in de Germaansche landen is dit bezwaar gevoeld en is er door speciale wetgeving in voorzien. Nadat reeds in 1838 eene Pruisische wet eene absolute aansprakelijkheid van spoorwegen had ingesteld, echter slechts voor de vervoerde personen en goederen, is in 1869 een Oostenrijksche wet [1])

[1]) Merkwaardig is dat deze wet is geredigeerd alsof zij gebaseerd was op het schuldprincipe, terwijl ze het toch wat de uitgebreidheid der aansprakelijkheid aangaat niet is! De redactie noemt Unger dan ook kortweg „miszlungen".

gekomen, later in 1871 gevolgd door het Duitsche Haftpflichtgesetz, [1]) welke alle de Spoorwegmaatschappij aansprakelijk stellen voor schade aan een persoon toegebracht bij het bedrijf der spoorweg voorzoover deze spoorwegmaatschappij niet bewijst dat het nadeel een gevolg is van „höhere Gewalt" of eigen schuld van den benadeelde. [2]) Wij ontmoeten hier dus weer dit begrip: „höhere Gewalt." Bij de bespreking van dit begrip wezen wij er reeds op, dat in deze materie dit begrip relatief opgevat wordt, doch tevens beperkt tot die nadeelen, die een gevolg zijn van eene uitwendige oorzaak, of liever, niet van eene inwendige, in het bedrijf liggende, oorzaak. Voor de in het bedrijf zelf liggende oorzaak is de ondernemer dus wel aansprakelijk, zooals trouwens duidelijk staat in de alle andere tot voorbeeld gediend hebbende Pruisische wet van 1838: „Die gefährliche Natur der Unternemung selbst ist als ein solcher, von dem Schadenersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten." Ook de jurisprudentie staat geheel op dit standpunt en vat het begrip „Schaden aus dem Betriebe" zelfs zeer ruim op [3]). Deze wetten gelden echter alleen voor nadeel aan personen in het spoorwegbedrijf; enkel de Zwitsersche wet breidt het uit tot stoombooten terwijl in het „Haftpflichtgesetz" § 2 eene aansprakelijkheid ook van alle overige

---

[1]) Merkwaardig is dat men zoowel in de Motive als later telkens weer deze wet met het schuldbeginsel in verband heeft trachten te brengen. Zie een vermelding dezer plaatsen bij Mataja bl. 16, 100 v, Merkel 122 v. die zeer terecht dit bestrijden. Ook hier te lande is b.v. door Prof. Tichelaar R.M. 1891 bl. 11, en door M. Boas in zijn diss. 1905 bl. 10 beweerd, dat al de hier genoemde wetten op een schuldpresumtie met omkeering van bewijslast rusten. Dit alles wordt op de aangehaalde plaatsen van Mataja en Merkel en bij Unger bl. 82 afdoende weerlegd. Men zie ook wat ik hierboven over het verschil tusschen een exculpatie- en een exceptief bewijs opmerkte.

[2]) Enkel de Zwitsersche wet heeft deze aansprakelijkheid ook tot sommige zaken uitgebreid.

[3]) Unger bl. 83. Coermann „Das Reichshaftpflichtgesetz" 1898 bl. 48 v.

fabrieken is ingesteld, doch enkel voor de schuld van hunne ondergeschikten en voor schade aan personen toegebracht.

Men ziet gereedelijk in, dat in dezen zin [1]) de beteekenis dezer wetten een zeer geringe is. Waarom alleen schade aan personen, waarom ook niet bij alle fabrieken voor alle schade, die een direct gevolg van het bedrijf is? Een reden dezer enge regeling is niet te geven, en het is niet verwonderlijk, dat men herhaaldelijk naar verruiming ziet gestuurd. Op de 17e Jur. Tag is dit dan ook onder „groote bijval" door dr. PETERSEN geconstateerd [2]). Het is dan ook merkwaardig te zien, hoe de jurisprudentie zich er uit heeft trachten te werken, door op de gekste wijzen een schuld te fingeeren. Het mooiste voorbeeld is wel het bekende „Urtheil" van het Beiersche „Oberlandesgericht", dat uitmaakte, dat een spoorwegbedrijf op zich zelve reeds „notwendig und unzertrennlich eine culpose Handlungsweise mit sich führt", welke meening in een even bekend „Urtheil" uit 1886 ook is gebleken, toen het nadeel geleden aan een paard, dat met zijn hoef in een tramrails was beklemd geraakt door de tramwegmij. vermoed moest worden. Immers het Gericht nam schuld aan, en dat wel terwijl het in één adem eraan toevoegt dat „die Technik noch nicht so weit vorgeschritten ist um eine jede Gefahr ausschlieszende Schienenanlage zu ermöglichen", wat vrij begrijpelijk is, doch tevens noodwendig ieder idee aan schuld uitsluit. Evenzoo speelt de vraag bij de bekende gevallen van brand, veroorzaakt door het uitstooten van vonken door locomotieven, waartegen ook nog geen middel gevonden is. Het is onnoodig hier voorbeelden van aan te halen. In extenso kan men ze vinden bij MERKEL bl. 114 v., die vertelt hoe

---

[1]) Gelijk wij zien zullen, gelden ze voornamelijk voor werklieden en reizigers.

[2]) „Sie finden in den letzten Jahren keinen Aufsatz über die Haftpflicht in dem nicht die Erweiterung des Haftpflichtgesetzes als die grószte Nothwendigkeit bezeichnet wird". Zoo noemt UNGER bl. 95 „eine Fortbildung des Haftpflichtgesetzes als geboten".

er echter ook vonnissen zijn, die eene dusdanige argumentatie wat te kras vinden. Men zie ook STEINBACH bl. 45. [1]) Het is geen wonder dat men dan ook bij het ontstaan van het d.b.Gb. van vele kanten heeft aangedrongen op eene algemeene aansprakelijkstelling van alle ondernemingen voor schade uit het bedrijf zelve voortvloeiende. Toch heeft men dit niet aangedurfd. Men was bang door een te ruw ingrijpen in bestaande toestanden allerlei verkeerde oeconomische gevolgen te doen ontstaan, aangezien men vreesde dat de kleine ondernemingen relatief zwaarder en allicht te zwaar zouden belast worden: men meende dit te moeten overlaten aan de speciale wetgeving van het rijk en der verschillende staten. [2]) Het is begrijpelijk dat dit allerwegen groote afkeuring heeft gevonden! Terecht wijst UNGER erop, hoe allergekst het zijn zou, als in Pruisen de aansprakelijkheid strenger was dan in Saksen: welk een invloed zou dit niet hebben op de keus voor de plaats van vestiging van nieuwe ondernemingen! [3])

Ook echter in het nieuwe Zwitsersche Ontwerp 1905 durfde men eene dusdanige algemeene aansprakelijkstelling niet aan, al was men er principieel vóór, omdat op deze wijze „der Praxis die Möglichkeit geboten worden wäre die Lücken, die sich in der Rechtsordnung in dieser Hinsicht zeigen in entsprechendem Sinne anszufüllen". [4])

Het is te vermoeden, dat deze zelfde toestand zich ook in

---

[1]) Een serie vonnissen in deze richting van den allerlaatsten tijd vindt men bij SCHERER bl. 1252.

[2]) RÜMELIN Gründe bl 83. Hoe druk van deze bevoegdheid gebruik is gemaakt, blijkt bij MAUCZKA waar hij bl.. 244 v. een zestiental Landesgesetze in deze richting van den laatsten tijd citeert.

[3]) Bl. 94—96 MERKEL 179 v. en RÜMELIN bl. 84 v.

[4]) Botschaft bl. 17. De reden was dat het Haftpflichtgesetz waaraan de Commissie niet raken mocht, in Zwitserland de aansprakelijkheid nog al eng begrenst, zoodat bij een algemeen artikel in het wetboek de ondernemingen, die onder het Haftpflichtg. bleven vallen, minder belast zouden zijn dan de overige! Hierom vond men het beter van einer solchen Erweiterung der Haftpflicht zurzeit überhaupt Umgang zu nehmen.

de andere landen moet voordoen. [1]) Wat Frankrijk betreft zagen wij reeds, en dit geldt natuurlijk ook voor ons, dat eene analoge uitbreiding van de aansprakelijkheid van den huiseigenaar of onnoodig is, òf — en tot die conclusie moeten wij komen aangezien wij in deze aansprakelijkheid eene afwijking van het schuldprincipe zagen — ongeoorloofd. In de jurisprudentie vindt men een beroep op art. 1386 Cc. 1405 B. W. slechts zelden gebezigd.

Er is echter eene andere bepaling, die hier naar veler meening beter diensten kan bewijzen. Ik bedoel de laatste woorden van art. 1384 a. Cc. 1403 a. B. W., waar een algemeene aansprakelijkheid voor „zaken, die men onder zijn opzicht heeft" „choses que l'on a sous sa garde" wordt gevestigd. Is het wonder, dat velen in den laatsten tijd nu, gelijk wij voor andere landen reeds zagen, een absolute aansprakelijkheid, althans voor zaken in een bedrijf gebezigd, vrijwel een eisch des tijds is, in dit artikel een ware uitkomst zien? Ik zeg, in den laatsten tijd, want vroeger — dikwijls ook nu nog — durfde men eene toepassing van deze woorden, zooals ze daar staan, eene zóó groote uitzondering op het schuldprincipe niet aan en trachtte er op allerlei wijzen aan te ontkomen [2]). Of men

[1]) Het Hongaarsche Ontwerp heeft het wel aangedurfd, al blijkt ook daar de beteekenis vooral te bestaan voor de grootondernemingen. Wegens de groote beteekenis volgen hier de voorgestelde bepalingen in hun geheel: § 1782 Wer selbständig ein Gewerbe treibt ist für den Schaden haftbar der anderen Personen aus den Mängeln des Betriebes oder der Betriebseinrichtungen erwächst. § 1783 Wer ein Gewerbe treibt, das vermöge seiner Natur mit einer besonderen Gefahr verbunden ist, hat für jeden Schaden zu haften, der dieser Gefahr entspringt. Insbesondere sind die Eisenbahn-, Drahtseilbahn- und Dampschiffahrtsunthernehmungen, Baumeister und andere Bauunternehmer sowie diejenigen, die ein Bergwerk oder Steinbruchgewerbe betreiben, für die bei dem Betriebe dieser Unternehmungen oder dieser Gewerbe vorkommenden Schäden haftbar." Zooals men ziet maken deze beide bepalingen geheel dezelfde scheiding die ik boven maakte. Zie MAUCZKA bl 238.

[2]) Uitvoerig hierover SCHOLTEN bl 48—60, waarnaar ik ook voor de overige literatuur verwijs.

ontzegde aan het artikel alle materieele waarde door het enkel te beschouwen als een aanloopje, eene eenvoudige vermelding van een principe, welks nadere materieele uitwerking te vinden was in de artt. 1385 en 1386, 1404 en 1405, óf men vond dit wat te kras, doch beriep zich op „de algemeene beginselen der schadevergoedingsactie neergelegd in art. 1382 Cc, 1401 B. W." om ook dit artikel op schuld te baseeren en althans een exculpatiebewijs te geven, òf men beriep zich ten slotte op de woorden „sous sa garde", onder zijn opzicht, die aan deze bepaling eene beperkte strekking zouden geven. De twee eerste meeningen latend voor wat ze zijn, moet men erkennen dat dit laatste argument veel waarde heeft. [1]) Immers juist bij onze gevallen b.v. bij explosies van stoomketels in treinen, sleepbooten enz., ja eigenlijk evenzeer in fabrieken kan men bezwaarlijk zeggen dat de aansprakelijkgestelde persoon, dus de maatschappij of de grootondernemer, deze zaken „onder hun opzicht hebben". Gekker nog wordt het als men b.v. denkt aan de vonken, die uit de locomotief vliegen, enz! Toch maken de lagere Fransche gerechten vrijwel unaniem van dit art. gebruik om in de genoemde gevallen tot aansprakelijkheid te komen. [2]) Het Cour de Cassation, dat ook daar te lande veel meer op een zuiver wettelijk, ergo veel meer op

---

[1]) Zie uitvoerig hierover PLANIOL II n. 916 v., v. LENNEP bl. 116 wijst er ook op hoe deze woorden wijzen op een verzaken van een toezichtsplicht en dus volgens hem weer vrijwel naar het schuldprincipe leiden. Men zie o. a. in dezen zin uit den laatsten tijd met een uitvoerige historische uiteenzetting, Rb. A'dam. 25 Mei 1904 W. 8239.

[2]) D. 1904 v°. Responsabilité n. 28 noemt een menigte vonnissen in dezen zin van den laatsten tijd, waaronder er in 1901—1904 slechts 4 zijn die bij dit art. een exculpatiebewijs toelaten. Over deze jurisprudentie zie men ook uitvoerig JOSSERAND, ook in zijne notes au DALLOZ 1900. 2. 289; 1904. 2. 257; 1905. 2. 417. Zeer sterk is b.v. 'n vonnis Toulouse 6 Mei 1902 D. 1903. 2. 413, dat een spoorweg aansprakelijk stelde, zelfs al zijn genomen „toutes les précautions nécessaires pour prévenir un tel dommage" terwijl: l'impossibilité de l'éviter, fût-elle demontrée, ne la dispenserait pas de la réparer en absence de toute faute de celui, qui en a été victime".

een zuiver schuld-standpunt staat, heeft hier zich nimmer mee willen inlaten, althans wat de Chambre des requêtes aangaat. Van de Chambre civile is echter één arrest bekend dat dit artikel wel ruim heeft toegepast. Het is het vermaarde arrest van 16 Juni 1896 [1]) dat met een beroep op art 1384 Cc. den eigenaar van een sleepboot aansprakelijk stelde voor schade ontstaan door de ontploffing eener stoomketel, „due à un vice de construction" zonder dat de eigenaar er zich aan onttrekken kan door te bewijzen „le caractère occulte du vice incriminé". Met deze eene uitzondering echter is het Cour de cassation altijd, ook later, blijven staan op het standpunt, dat aangezien er geen toepasselijke speciale bepaling te vinden is, wij terug moeten grijpen tot de algemeene bepaling van art. 1382 en dus van den benadeelde eischen het bewijs van de schuld des eigenaars of ondernemers. Ook onze H. R. staat op het zelfde standpunt. Wel zijn er oude arresten waarin de H. R. art. 1403a ook zonder schuld toepasselijk verklaart [2]) maar sedert is de H. R. omgedraaid en eischt ook hier schuld. Hiernaast bezitten wij nu nog eene Spoorwegwet van 9 April 1875 S 67; deze is hier echter van geen beteekenis! Behalve dat zij in tegenstelling met alle buitenlandsche zuiver op het schuldprincipe berust, en enkel een exculpatiebewijs geeft [3]), is

[1]) Te vinden SIREY 1897 I. 17 met een note van ESMEIN en D.1897. I. 433, met een note van SALEILLES, beide zeer belangrijk. Dit arrest is tevens de aanleiding geweest voor de later te bespreken geschriften van SALEILLES en JOSSERAND.

[2]) Zie b.v. een arrest van 23 Jan. 1859 W.2031 in extenso aangehaald bij SCHOLTEN bl. 55. In omgekeerden zin art. 5 Maart 1897 W.6927. Zie v. LENNEP bl. 134., die een serie vonnissen noemt die alle geen aansprakelijkheid voor lokomotiefvonken erkennen.

[3]) Zelfs deze omkeering der bewijslast zal den ontwerpers wel zwaar gevallen zijn! Had immers niet nog in 1874 de Ned. Juristenvereeniging met 27—17 stemmen aangenomen, dat men bij de aansprakelijkheid van spoorwegen „niet moest afwijken van het gemeene recht, wat aanging de bewijslast in art. 1401". Men heeft bij de behandeling deze wet dan ook een „juridieke onmogelijkheid" genoemd! Zoo ooit is hier wel het „ex regula ius" op zijn plaats!

bovendien niettegenstaande het betoog van Prof. TICHELAAR R. M. 1891 de constante jurisprudentie van de H. R. dat deze wet enkel slaat op vervoerde personen en goederen.

Wat ten slotte het Engelsche en Amerikaansche recht aangaat, valt nog te vermelden, dat daar in deze richting geen enkele speciale bepaling bestaat: immers behalve de „cautio damni infecti" kende het Romeinsche recht hier geen uitzondering! Zelfs op den basis van het schuldprincipe weet deze jurisprudentie, gelijk bekend in theoreticis voor geen klein geruchtje vervaard, echter aan de praktijk vrijwel te voldoen. Hiertoe hebben ze een paar uitwegen ontdekt, waaraan ze den naam geven van „prima facie" theorie [1]) „res ipsa loquitur", of wel „evidence of negligence-theorie", met welke drie uitdrukkingen telkens hetzelfde bedoeld wordt. In eene menigte gevallen, waar de schuld n.l. minder gemakkelijk of in het geheel niet te bewijzen is, neemt de Engelsche jurisprudentie aan, dat reeds uit het feit der schadetoebrenging „prima facie" de schuld blijkt. Boven wees ik reeds op de trouwens direct in het oog springende twijfelachtige waarde dezer theorie. Indien men haar nu ook gaat toepassen in gevallen waar positief vaststaat en bewezen is, dat geen schuld bestaat — en wij hebben hier juist met een dusdanig geval te doen — dan is het enkel eene andere uitdrukking voor een „onweerlegbaar vermoeden" en niet meer dan een woord om een niet te loochenen afwijking van het schuldbeginsel te bemantelen. De voorbeelden van een gebruik dezer theorie in laatstgemelden zin zijn eenvoudig voor het grijpen. Ze wordt b.v. geregeld toegepast om eene aansprakelijkheid te vestigen in het bekende geval van brand door locomotiefvonken. [2]) Een andere manier gebruikt de jurisprudentie b.v. bij de aansprakelijkheid voor onzichtbare inwendige gebreken der machines enz. Men voelt zeer wel, dat natuurlijk enkel bij gekende gebreken van

---

[1]) Zie BRETT bl. 491.
[2]) Aldus WHARTON bl. 731.

schuld sprake kan zijn. Hierom treft men in vonnissen ad hoc dan ook geregeld den zin aan: „The presumption of knowledge arises from the existence of the defects themselves.[1]) Verder op deze jurisprudentie ingaan lijkt mij onnoodig. Deze twee voorbeelden die bij eene lezing van WHARTON blz. 668—682 e. v. met talrijke te vermeerderen zijn[2]), en die ons hoogstens leeren kunnen hoe men niet moet rechtspreken, mogen bewijs te over leveren, dat ook in Engeland de ongenoegzaamheid van het schuldprincipe in deze materie in al haar duidelijkheid aan den dag komt.

Gelijk men inziet, gelden deze overwegingen voor beide rubrieken schaden, boven genoemd. Nu doet zich echter speciaal bij de tweede rubriek, de schade die reeds noodwendig uit een normaal gevoerd bedrijf voortvloeit, nog een vraag voor, waar ik boven reeds incidenteel op wees; ik bedoel het verband dezer aansprakelijkheid met het burenrecht. Immers vooral in den vorm van benadeeling van omliggende gronden, vischwaters enz. door slechte stoffen of dampen enz., benadeeling van aangrenzende gebouwen of van de bewoonbaarheid hiervan door geraas van machines enz. doet zich deze vraag ontelbare malen voor. Ook deze benadeelingen zijn met de meest mogelijke zorg niet te voorkomen, zoodat een beroep op het schuldprincipe hier niets helpt. Gelijk wij reeds zagen, zijn voor deze gevallen de reeds genoemde speciale Haftpflichtwetten enz. ook zonder belang. Andere speciale wetten vinden hier echter wel toepassing: allereerst de verschil-

---

[1]) Zie WHARTON bl. 673.

[2]) Zoo noemt WHARTON b.v. bl. 722 vonnissen die bij een ontploffing van een stoommachine zich beroepen op: the mere fact that the boiler exploded is prima facie evidence of negligence. Een van de merkwaardigste vonnissen noemt WHARTON bl. 681 waar schuld wordt aangenomen in een maatschappij die remmen gebruikt die den trein op 1000 voet doen stoppen, when other companies use brakes that wil stop a train in 500 feet running at the same rate of speed!!

lende buitenlandsche mijnwetten, die alle den Bergwerksbesitzer verplichten, alle schade aan naburige gronden door het bedrijf overkomen te vergoeden. [1]) Wat nu de schadelijke invloed van bedrijven in het algemeen aangaat vinden wij in de duitsche Gewerbeordnung in § 26 een algemeen recht op schadeloosstelling genoemd. Daar deze § echter begint met „soweit die bestehende Rechte.... eine Privatklage gewähren" schept deze § althans geen speciale actie. [2]) In hoeverre hierin door het d.b.Gb. en het Zwitsersch Ontwerp voorzien is, is reeds blz. 46v vermeld; men vergelijke hiermee de eenige bladzijden hierboven afgedrukte ruime, ook dit geval omvattende, bepalingen van het Hongaarsche Ontwerp.

Over het Engelsche recht is hier weer weinig te zeggen. Met een beroep op de maxime: „sic utere tuo ut alienum non laedas," [3]) laat de jurisprudentie zich ook hier weer geheel door haar billijkheidsgevoel leiden en gaat zij in het stellen eener schadevergoedingsplicht vrij ver. Brett komt dan tot de conclusie dat men zijn grond gebruiken mag „for any purpose for which in the ordinary course of the enjoyment of land it might be used" zonder schadevergoeding. Zoo spoedig hij er echter eenig onnatuurlijk gebruik van maakt „likely to do mischief" dan doet hij dit „at his peril" en is dan.... „prima facie" voor schuld aansprakelijk!

In Frankrijk gebruikt men naast het eigendomsartikel C.c. 544v., dat er zich echter nog minder toe leent

---

[1]) Aldus § 148 Pruisisch Berggesetz 1865, § 99, 104, Oostenr Berggesetz 1854 Men zie Mauczka bl. 242, Unger bl. 11, en vooral Mataja bl. 56 v. Evenzoo in Frankrijk een wet van 1810 art. 44, 45. (Gewijz. 27 Juli 1880).

[2]) Men zie verder Mauczka bl. 243, uitvoerig voor het Oostenrijksche recht bl. 246—263. Algemeen erkent men aldaar in § 364 — zeer overeenkomend met ons art 625 B. W. — eene schadevergoedingsplicht.

[3]) Zie over dit beginsel Wharton bl. 660: uitvoeriger en algemeener Brett bl. 447 v. Voor de jurisprudentie Brett en Wharton verspreid.

dan ons art. 625 B.W., vooral een decreet van 15 Oct. 1810 dat alle toen bestaande bedrijven vrij laat bestaan „sauf les dommages dont pourront être passibles les entrepreneurs de ceux qui prejudicient aux propriétés de leurs voisins." Men breidt dit echter uit ook tot de latere bedrijven en tot niet direct materieele schade b.v. tot geraas van een machine, „qui excède la mesure des obligations ordinaires du voisinage." [1])

Wat ten slotte de toestand ten onzent betreft, zoo kan ik volstaan met te verwijzen naar de dissertatie van Mr. SCHOLTEN bl. 55 v. en naar hetgeen er over art. 625 reeds boven gezegd is, terwijl ik reeds wees op de constante jurisprudentie, om bij schade door vonken uit locomotieven veroorzaakt ook geene schadevergoeding te geven.

Dikwijls ziet men nu nog hiermee in verband gebracht het vraagstuk naar den invloed der concessie die in deze materie eene groote rol speelt. Immers in ongeveer alle landen wordt voor de oprichting van met gevaren verbonden bedrijven of inrichtingen vergunning van hooger hand geëischt. Indien men niet meer op het schuldprincipe staat, leveren deze geen zwarigheid op. Immers eene concessie is enkel een administratieve maatregel, een mesure préventive, die enkel beslist over de toelaatbaarheid, het geoorloofd zijn van eenig bedrijf, doch die op de regelen der burgerrechtelijke aansprakelijkheid geen invloed heeft, zooals UNGER zeer juist opmerkt: „Die Verwaltungsbehörde kann weder den Willen noch die Macht haben den Unternehmer zu materiellen Privatrechtsverletzungen zu ermächtigen." [2])

Staat men echter op het schuldprincipe, dan komt men in een leelijk parket. Immers volgens dit beginsel geeft men bij schadelijke ondernemingen schadevergoeding omdat men in de oprichting en het bedrijf ervan een soort schuld ziet, gelijk voorbeelden uit Duitsche en Engelsche juris-

---

[1]) Men zie uitgebreid hierover SOURDAT II n. 1470—1473.

[2]) GRÜNH. Z. XVII bl. 729 v. Geheel in denzelfden zin uit velen, MERKEL bl. 114, FOCKEMA ANDREAE Themis 1869, SOURDAT II 1741.

prudentie ons leerden. Hoe gek dit op zich zelf reeds is, heb ik boven uiteengezet, maar als men het niet te nauw neemt, kan het er op het eerste gezicht nog wel mee door, vooral nu de conclusie er uit geheel met de verkeersopvattingen overeenstemt. Nu komt echter eene administratieve macht met zoovele woorden de oprichting der onderneming als g e o o r l o o f d, als in overeenstemming met de „Verkehrssitte" verklaren! Bij zulk eene p o s i t i e v e verklaring is een soort schuld toch moeilijk aan te nemen! Zoo zien wij dan ook allerlei vonnissen in de op schuld gebaseerde jurisprudentie die noodwendig aan de concessie dit van schadevergoedingsplicht bevrijdende karakter wel moeten toekennen. Uit de Duitsche jurisprudentie vermeldt MERKEL (bl. 114) er een reeks, terwijl de in dit opzicht zelfs vrij constante en vrij talrijke Engelsche en Amerikaansche jurisprudentie te vinden is bij WHARTON (bl. 732). Hij haalt bv. de volgende overweging aan, die op zeer duidelijke wijze de noodzakelijke consequentie van het schuldprincipe ten deze illustreert: „When the legislature has sanctioned and authorized the use of a particular thing, and it is used for the purpose, for wich it was authorized and every precaution has been observed to prevent injury, the sanction of the legislature carries with it this consequence, that if damage results from the use of such thing, indepedently of negligence, the party using it is not responsible."

Staand op het schuldprincipe kan men, hoe men zich ook beroept op het „publiekrechtelijk karakter" op de enkel „preventieve werking" der concessie o n m o g e l i j k aan deze consequentie ontkomen, eene consequentie die echter in de practijk tot eene eenvoudige onmogelijkheid leidt. Aldus hebben wij dus weer een argument tegen het schuldprincipe gevoegd bij de vele die wij reeds hebben gevonden.

Nu zijn er echter nog twee verhoudingen, die ik boven voorloopig ter zijde liet en waar deze invloed van het bedrijfsnadeel zich in minstens even sterke mate gevoelen doet, nl. de verhouding tusschen ondernemer en werkman en bij de verschillende vervoerbedrijven tusschen onder-

nemer en vervoerde personen of goederen. Niettegenstaande wij hier met personen te doen hebben, die tevens onderling in eene contractueele verhouding staan, wil ik hier toch eenige woorden aan wijden.

In de eerste plaats dan de verhouding werkgever-werkman, [1]) waar trouwens de contractueele band, wat de regeling der schadevergoedingsplicht aangaat, immer weinig gewicht in den schaal heeft gelegd. Unaniem was men dan ook tot een 22-tal jaren geleden van meening, dat de aansprakelijkheid van den werkgever hier bij gebreke van bijzondere bepalingen door de beginselen der algemeene schadevergoedingsregeling werd beheerscht. Langzamerhand waren er echter heel wat van die bijzondere bepalingen gekomen, nl. de verschillende spoorwegwetten die naar algemeene opvattingen ook deze verhouding beheerschen. [2]) Wij hebben boven deze wetten reeds nader bekeken, zoodat ik hier met eene vermelding volstaan kan. Wat de overige bedrijven en ondernemingen aangaat, vinden wij echter al heel weinig! Enkel § 2 Haftpflichtgesetz geeft hier iets, door bij fabrieken, mijnen enz., den arbeider een recht op schadevergoeding toe te kennen, indien hij bewijst dat het hem overkomen ongeval is te wijten aan de schuld zijner mede-arbeiders of opzichters. Van aansprakelijkheid voor aan het bedrijf inhaerente gevaren is dus geen sprake. Is het wonder dat men het onbevredigende hiervan inzag en tot de overtuiging kwam, dat de zware bewijslast de weldaden dezer wet „in den meisten Fällen illusorisch" maakte? [3]) Waar

---

1) Eene gedetailleerde uitvoerige historische behandeling van deze verhouding vindt men in de diss. van Mr. Boas. De Rechten der Verzekerden krachtens de Ongevallenwet 1901 A'dam 1905 bl. 1—20, waarheen ik verwijs en waaraan ik een deel der door mij te vermelden feiten heb ontleend.

2) Evenzoo ten onzent. Zie arrest H. R. 30 Jan. 1903 W. 7879.

3) Aldus v. Wödtke aangehaald bij Beguin bl. 100. In gelijken zin de Motive tot de Ongev. Verz.wet van 1881, te vinden bij Levy R. M. 1898, bl. 141 v.

bovendien door de juist toen (1840—1885) zich zoo ontzettend uitbreidende grootindustrie het aantal bedrijfsongevallen dagelijks toenam, en trouwens nog toeneemt, bleef dan ook een nadere wettelijke voorziening niet uit, welke gekomen is in den vorm van het Unfallversicherungsgesetz van 6 Juli 1884, volgens welke wet het feit van schade lijden door het bedrijf, het „bedrijfsongeval", op zich zelf, zonder meer, aanspraak geeft op schadevergoeding.

Weinig legislatieve producten zijn er in den laatsten tijd geweest, die zoo den aandacht hebben getrokken, zoo van alle zijden gecritiseerd zijn en en toch zooveel navolging hebben gevonden. In Duitschland zelve hebben dan ook latere wetten de reeks bedrijven uitgebreid zoo o. a. reeds in 1886 tot den landbouw. Oostenrijk volgde in 1887, terwijl in Zwitserland een door de vertegenwoordiging aangenomen Ontwerp in 1900 echter bij referendum verworpen is.

In Engeland en Amerika is de toestand eenigszins anders geweest. Terwijl men gelijk reeds uiteengezet, ook hier een druk gebruik gemaakte van de „prima facie" theorie, nam men bovendien eene verdeeling van het risico tusschen werkgever en werkman aan, bekend onder den naam van Common employment doctrine [1]) volgens welke de arbeider door het aangaan van het arbeiderscontract gecenseerd wordt alle algemeen bekende bedrijfsgevaren en daaruit eventueel voortvloeiende schaden voor zijn rekening te nemen. Deze theorie, hoe logisch ook op het eerste gezicht en in zekeren zin in overeenstemming met de schuldidee, bleek echter op den duur onvoldoende te zijn. In 1880 kwam dan ook in Engeland de „Employers Liability act" tot stand, die echter slechts luttel verbetering bracht. Wel stelde Section I voorop, dat de werkman een recht had op schadevergoeding bij bedrijfsongevallen, doch Section II, 1.

---

[1]) Brett bl. 487 v : A servant generally assumes only those risks of which he has express or implied notice.

maakte de restrictie, dat dit bedrijfsongeval nog altijd moet kunnen geweten worden aan nalatigheid van den ondernemer in het onderhouden of nazien. In 1897 is dan ook gemaakt de „Workmen Compensation Act" in 1900 tot den landbouw uitgebreid, die in een groot aantal bedrijven den arbeider recht op schadevergoeding geeft voor alle ongevallen „arising out of and in the course of the employment", dus geheel onafhankelijk van eenige schuld.

In Frankrijk en België greep men tot 1884 geregeld terug op de algemeene schadevergoedingsregeling, dus op art. 1382 Cc., voor deze verhouding. Op allerlei wijzen trachtte men dit art. evenwel te verzachten en te ontkomen aan de „injustice criante" eener zuivere toepassing van het schuldprincipe. Of men nam het niet zeer nauw met den bewijslast [1]) of men draaide dezen op de meest merkwaardige wijze om [2]). In 1884 echter verscheen het bekende geschrift van SAINCTECLETTE, terwijl in 1883 SAUZET [3]) reeds tot een ongeveer gelijk resultaat was gekomen. Hun uitgangspunt is, dat uit het arbeidscontract de ondernemer de verplichting heeft te zorgen voor den arbeider en zijne veiligheid, „le rendre sain et sauf à lui-meme" — met zijne „autorité" over den arbeider verbindt zich een gelijke „responsabilité". De ondernemer is dus c o n t r a c t u e e l verbonden, wat het groote voordeel geeft dat dus, waar wij boven reeds op wezen, in geval van eenige schade niet de werkman de schuld van den werkgever moet bewijzen, maar de werkgever eenige hem bevrijdende daadzaak als oorzaak van de schade moet aanwijzen, dat dus, gelijk men m. i. zeer verkeerdelijk [4])

[1]) Men zie voorbeelden bij LEVY Rev. Cr. 1899 bl. 368 v.

[2]) Aldus b.v. het bekende Brusselsche arrest van 16 April 1872 aangehaald en besproken o. a. bij SAINCTECLETTE bl 147 v., AUBIN bl. 181 v., BEGUIN bl. 67 v.

[3]) Rev. Cr. 1883. Zie uitvoerig over deze beide schrijvers en hun vele Fransche en Belgische bestrijders het geschrift van AUBIN.

[4]) Zie boven bl. 71 v.

het uitdrukt, de schuld gepraesumeerd wordt. Merkwaardig is de hoeveelheid auteurs die met deze leer zich vereenigden [1]. De Fransche jurisprudentie heeft er echter nooit aan gewild [2]) Ten onzent is deze leer trouwens reeds in 1887 van verschillende zijden afgebroken [3]) en wel voornamelijk om de volgende redenen. Ten eerste bestaat die z.g.n. contractueele plicht om den werkman heelhuids af te leveren nergens. Men kan hoogstens den werkgever verplichten de noodige veiligheidsinrichtingen te maken, welke eisch dan tegenwoordig ook algemeen gesteld wordt. [4]) Een tweede niet minder groot bezwaar is, dat, indien men in deze aansprakelijkheid eene contractueele ziet, men ook de algemeene beginselen der contractvrijheid moet toepassen en den contractanten, (spec. den ondernemer) het recht geven om bij clausule deze aansprakelijkheid uit te sluiten, zelfs bij gevallen van schuld (behalve opzet) van den ondernemer. Dit heeft SAINCTECLETTE al dadelijk wel gevoeld, en hij merkt bl. 170 dan ook op: „ce qui touche à la sureté des personnes est d'ordre public". Hij schijnt echter niet te beseffen dat hij hiermee met zichzelf in tegenspraak komt [5]) En bovendien, wat bereikt men er mee! Eene algemeene aansprakelijkheid voor alle bedrijfsongevallen in geenen deele! Merkwaardig is dan ook, dat SAINCTECLETTE zelf in zijn laatste hoofdstuk de verplichte arbeidersverzekering uitvoerig bespreekt en aanprijst! Ook SAUZET (bl. 701) beweert, dat een ruimere vergoedingsplicht wel aangenomen kan worden, doch dan door de instelling

[1]) Eene opsomming is te vinden bij BEGUIN bl. 82 v.

[2]) Anders de Belgische en Luxemburgsche doch ook maar voor zeer korten tijd zie SALEILLES Note au DALLOZ. 1897. I. 437. AUBIN bl. 182 v.

[3]) Prof. GREVEN Praeadvies Jur. Vereen. 1887, DRUCKER R.M. 1887, KERDIJK Vragen des Tijds 1887. Men zie LEVY R.M. 1897. Eene verdediging heeft de leer enkel gevonden in 1895 bij BEGUIN.

[4]) Ontw.-DRUCKER Arbeidscontract art. 33. Reg.-Ontw. art. 1638x. Men zie ook de buitenlandsche Gewerbe-Ordnungen enz. bij BOAS bl. 3 v.

[5]) Ook SAUZET voelt bl. 639 deze moeilijkheid. Zeer terecht wijzen hier o. a. op DRUCKER bl. 88, SALEILLES bl. 22, TARBOURIECH bl. 32 v.

eener verplichte verzekering en mits men haar niet „déguise sous le nom de responsabilité". Immers tegen eene verplichte verzekering verzet zich geen enkel „principe de droit!" Dat de verplichte verzekering enkel eene wijze van schadeomslag is en dat zij in beginsel tóch moet berusten op eene ruimere aansprakelijkheid schijnt SAUZET niet te voelen! [1]) Een zeer sterk bewijs van de onvoldoendheid der contract-theorie geeft SAINCTECLETTE zelf door in een later geschrift een „responsabilité pure et simple par le fait des choses, indépendente de toute idée de faute" [2]) te gaan eischen en dus ook tot de absolute aansprakelijkheid zonder contractsbasis te komen. In beide landen is men dan ook tot eene wettelijke voorziening gekomen waarbij, echter zonder verzekeringsdwang, eene algemeene aansprakelijkheid, geheel van schuld onafhankelijk, van den werkgever jegens den werkman voor bedrijfsongevallen is vastgesteld. [3])

Ten slotte de algemeen bekende toestand ten onzent. Oorspronkelijk werd ook hier enkel art. 1401 toegepast, tot de Spoorwegwet althans voor spoorwegbeambten een eenigszins gunstiger positie bracht. In 1901 is dan na eenige moeilijkheden de Ongevallenwet tot stand gekomen, die in een reeks geënumereerde bedrijven aan den arbeider recht op schadevergoeding geeft voor schade hem door een bedrijfsongeval toegebracht.

In alle wetten zien wij nu het begrip „bedrijfsongeval" — of als art. 1 Ongev.wet 1901 zegt „ongevallen, in verband met de uitoefening van het bedrijf" — en het is duidelijk, dat

---

1) Tegen deze meer gehoorde verwarring komt RÜMELIN zeer terecht op (ZUFALL bl 29) waar hij opmerkt dat aldus enkel „die THATSACHE der Haftung noch einmal ausgesprochen ist," doch de grond niet aangegeven wordt

2) In een Mémoire pour Mme Vve DESITTER 1888 bl. 30—31. Zie SALEILLES bl. 22, LEVY Rev. Cr. 1899 bl 374.

3) In Frankrijk als voornaamste wet 9 April 1898, België 24 Dec. 1903. Allermerkwaardigst is het geschipper der latere arresten vóór deze wetten. Zie AUBIN bl. 183.

met de interpretatie van dit begrip — eene zuivere quaestie van causaliteit — de uitgebreidheid der aansprakelijkheid ten nauwste verband houdt [1]) In deze materie nu heeft de Adaequate Verursachungstheorie, in de Inleiding kortelings besproken, althans in den objectieven door RÜMELIN verdedigden vorm, goede diensten bewezen; het is althans frappant, hoe een schrijver als ROSIN, wiens opvattingen hier algemeen van zeer groote beteekenis worden geoordeeld, [2]) tot een geheel in deze theorie passende formuleering komt, welke dan ook door RÜMELIN zeer in aanmerking genomen is. [3]) ROSIN definieert een bedrijfsongeval dan blz. 332 als „ein Unfall, das durch die besondere d. h. über die Unfallgefahr des gewöhnlichen Lebens hinausgehende Gefährlichkeit eines Betriebes verursacht ist."

Evenals de adaequate causaliteitstheorie is deze omschrijving uitteraard zeer vaag en wordt hier veel aan den rechter overgelaten. Het is duidelijk, dat over dit begrip dus een zeer uitgebreide jurisprudentie zoowel ten onzent als vooral in Duitschland bestaat, die over het algemeen eer ruim dan eng mag genoemd worden.

Het ligt geheel buiten het bestek van dit geschrift hier nader op in te gaan; doch eene quaestie wil ik hier behandelen, n.l. den invloed van de eigen schuld van den getroffen werkman, aangezien de oplossing dezer vraag tevens doet zien, hoe het beginsel der ongevallenwetgeving geheel en al de schuldidee verlaten heeft. Op den bodem van het schuldbeginsel is de oplossing dezer vraag niet twijfelachtig. Immers, indien schuld aansprakelijk maakt, moet ze noodwendig ter anderer zijde aansprakelijkheid opheffen! Hoezeer dan ook een schrijver als MATAJA (in 1888) in principe bij eigen schuld schadevergoeding zou willen geven, gelooft hij toch dat men er niet toe zou over-

---

[1]) Men zie o. a. ten onzent SCHOLTEN R. M. 1902 bl. 294 v. BOAS bl. 245—259.

[2]) Archiv. für öffentl. Recht Bd. III bl. 291 v. en „Recht der Arbeiterversicherung" § 44.

[3]) Zoo bv. GRÜNDE bl. 53.

gaan. Immers het „widerspricht allzusehr den heutzutage noch herrschenden Rechtsprinzipien, als dasz man diesen Schritt ungescheut wagen wollte![1]) En toch is men er toe overgegaan! Zoowel het Duitsche Reichs Ober Handels Gericht, dat zelfs in 1903 gekomen is tot het geven van schadevergoeding in een geval waar positief in strijd met het uitdrukkelijk bevel van den werkgever gehandeld was,[2]) als ten onzent de Centrale Raad van Beroep in een beslissing van 29 Nov. 1904;[3]) trouwens in overeenstemming met de geschiedenis van art. 28 der Ongevallenwet.[4]) Nu komt hierbij, dat men bij het aannemen van schuld speciaal onvoorzichtigheid bij den werkman zeer voorzichtig moet zijn. Immers gelijk MATAJA, bl. 109 v. terecht en uitvoerig betoogt, doet eene dagelijksche omgang met gevaarlijke machines aan den eenen kant bij den arbeider eene noodwendige afstomping van het gevaar-gevoel ontstaan, terwijl hij tevens langzamerhand zóó met de machines vertrouwd raakt, dat hij handelingen pleegt zonder eenig noemenswaard gevaar, waarin ieder onoordeelkundige buitenstaander eene schromelijke onvoorzichtigheid zoude zien; m. a. w. de „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" zou dus

[1]) Aldus bl. 106.

[2]) Men zie een reeks Urteile in dezen zin bij MAUCZKA bl. 122. Uitvoerig ook TARBOURIECH bl. 139 v.

[3]) O. a. besproken en toegejuicht Soc. Weekblad 7 Jan. 1905, afkeurend daarentegen Nieuwe Courant, Raden van Beroep LXVII (3 Dec. 1904) en LXIX (14 Jan. 1905). Daar ik de beslissing in geen verzameling heb ontdekt, volgen hier geheel de overwegingen ad hoc:

Overw. dat hiertegen niet zou obsteeren, wanneer getroffene door van dezen verboden weg gebruik te maken zich aan een strafbaar feit schuldig mocht hebben gemaakt, daar hierdoor het verband met de bedrijfsuitoefening niet wordt opgeheven;

Overw. dat zelfs indien het ongeval aan grove schuld bij den getroffene kon worden toegeschreven, de wet de aanspraak op schadeloosstelling niet verloren doet gaan.

Bij deze beslissing werd een uitspraak van den Raad van Beroep te 's-Gravenhage van 30 Aug. 1904 in omgekeerden zin, vernietigd.

[4]) Zie BOAS bl. 283 v. speciaal bl. 290 v. FOKKER Ongevallenwet en Beroepswet ad art. bl. 117 v.

bij deze categorie personen eene geheel andere zijn dan bij normale niet-deskundige personen, die met dezelfde machines in contact komen. [1])

Alvorens evenwel van dit onderwerp af te stappen, wil ik nog eene opmerking maken in het algemeen over de waarde van deze aansprakelijkstelling voor ons betoog. Er hebben n.l. bij de vaststelling der verplichte ongevallenverzekering zooveel factoren samengewerkt! In de eerste plaats heeft men den vorm van verplichte verzekering gekozen, uitgaan van de oeconomische waarheid, dat eenig nadeel, indien het over vele hoofden verdeeld wordt, veel minder zwaar drukt, in maatschappelijken zin gesproken — eene waarheid die trouwens aan iedere verzekering ten grondslag ligt. Om nu echter uit deze wetten een overdracht van risico, een aansprakelijkstelling van den ondernemer te halen, beroept men zich, en zoo doet b.v. zeer sterk SCHOLTEN, bl. 32, op het feit dat de ondernemer de premie betalen moet. Nu lijkt mij dit beroep zonder nadere bespreking uitermate gevaarlijk en als ik dit ga uitleggen doe ik dat tevens om aldus een bewijs te geven van de ontzettend geringe waarde en het groote gevaar dat voor mijn betoog schuilt in het überhaupt argumenten ontleenen aan de regeling der aansprakelijkheid in gevallen, waar de betrokken partijen bovendien in eenige contractueele verhouding staan. Negatief, als een bewijs dat men het schuldprincipe niet meer aanhangt, is een voorbeeld als dit zeer dienstig, doch positief, als grond voor mijn betoog, is het, als blijken mag, enkel bij nauwkeurig onderzoek, en dan nog maar met de grootste omzichtigheid, te gebruiken.

Immers, al zien wij dat de ondernemer het geld voor de premiebetaling stort, wie waarborgt ons dat hij deze niet op den werkman verhaalt? Bij eene lotsver-

---

[1]) Dit voorbeeld is ook een mooie illustratie van de boven reeds uitvoerig met een beroep op WEIJL behandelde relativiteit van het begrip „im Verkehr erforderlich".

betering als deze kan eene evenredige loonsvermindering zeer licht intreden, zonder dat in oeconomischen ziñ eenige verandering in de positie der arbeiders komt! Een beroep op de z.g. „ijzeren loonwet" eene toepassing van de eerste beginselen der leer van vraag en aanbod is hier dan ook dikwijls gebruikt. MATAJA vermeldt zelfs bl. 126 een reeks oeconomisten, die de vraag wie primair de kosten der verzekering moet dragen niets beteekenend noemen, daar dit toch „sehr bald in der Regelung des Arbeitslohnes sich ausgleichen" zou. Indien dit zoo was, zou een beroep op de ongevallenverzekering als een bewijs voor de stelling, dat de ondernemer de bedrijfsnadeelen dragen moet, geheel onjuist zijn. [1]) Mij lijkt het evenwel anders te zijn. Het is mij helaas onmogelijk geweest over den invloed der Ongevallenwetgeving op den loonstandaard nauwkeurige gegevens te vinden. De volgende overwegingen voor een deel aan MATAJA ontleend lijken mij echter vrij afdoende.

In de eerste plaats dan zijn de loonen in sommige bedrijven zoo laag, dat eene vermindering, althans evenredig aan het juist dikwijls zeer groote risico, onmogelijk zijn zou. Vervolgens echter, en dit is wel het voornaamste argument, indien de loonen werkelijk voor eene aan de overdracht van het risico evenredige vermindering vatbaar waren, dan zouden zij zich vóór de verschillende ongevallenwetten ook moeten verhouden naar de mate van

---

[1]) Men zal mij tegenwerpen dat deze oeconomische overwegingen de juridische beteekenis dezer aansprakelijkstelling niet raken. Dit argument lijkt mij onjuist, aangezien toch ook de wetgever bij de Ongevallenwetgeving, gelijk bij alle sociale wetten, veel meer op oeconomische dan op zuiver juridische dogmatische overwegingen heeft gesteund, zoodat m. i. veeleer een beschouwing dezer wetten enkel uit een juridisch oogpunt in hooge mate onzuiver zou zijn. Eene strenge scheiding tusschen deze beide groepen van overwegingen is (m. i. dus voor een zuivere opvatting in deze materie zeer nadeelig) o. a. gemaakt door MR. EYSSELL Themis 1889, 1896, 1897 en door JUNG bl. 83 v. Zie verder beneden bl. 136 v.

het risico. En dit nu was positief niet het geval. [1]) Waaraan het te wijten is, aan het feit dat de arbeiders dit ongevallen-risico bij de keuze van een beroep bijna niet in aanmerking nemen of althans veel te laag schatten, of hieraan dat bijna alle gevaarlijke bedrijven „unskilled labourers" gebruiken kunnen, laat ik geheel in het midden. Het feit is echter niet te ontkennen en maakt m. i. a priori eene afwenteling van de premie op den arbeider onmogelijk. Een verder argument levert de groote tegenkanting der groot-ondernemers tegen Ongevallen- en andere arbeidersverzekeringswetten. [2]) Eerst dus op deze gronden kunnen wij van eene werkelijke overname van risico door den werkgever spreken.

Eene analoge, zoo niet nog sterkere werking der mede bestaande contractueele verhouding is te vinden in het tweede geval, waar wij een aansprakelijkheid van den ondernemer jegens contractueel verbonden personen aantreffen, nl. in het Vervoercontract. Te meer waar hier eene werking der ruimere aansprakelijkheid niet is waar te nemen, wil ik hier niet op ingaan. Het spreekt echter vanzelf dat, hoe zwaarder men wettelijk de aansprakelijkheid der ondernemers van vervoermiddelen maakt hoe grooter de in de vervoerkosten mede liggende vergoeding van risico wordt! Tot de ruimere aansprakelijkheid van den vervoerder, die reeds in het Rom. recht gelijk wij zagen bekend was en ook in het huidige recht algemeen wordt aangenomen, lijken mij dan ook voornamelijk zeer analoge overwegingen als in het vorige geval te hebben saamgewerkt, doordat men den vervoerder als een soort ver-

---

[1]) Men zie hierover uitvoerig in een ander verband MATAJA bl. 94 v. waar hij b.v. op Oostenrijksche loonenquêtes wijst en tot de breedvoerig gemotiveerde conclusie komt dat wanneer werkelijk »ein genaues Abraägen der thatsächlichen Lichte und Schattenseiten einer Beschäftigung statt fande manche Berufe verödet würden sein oder zelmfach höheren halm gewahren müsste als sie thatsachlich eïmbringen."

[2]) Men zie b.v. SMISSAERT Onze Eeuw 1903.

zekeraar beschouwde tegenover de van zijne vervoermiddelen gebruik makende personen. [1]) Ik wil dus op deze materie niet verder ingaan, doch er enkel op wijzen, dat ook deze regelingen althans de negatieve beteekenis hebben van het schuldprincipe afstand te hebben gedaan. [2]) In hoeverre wij hier met eene verschuiving van het risico of enkel met eene verdeeling er van, wat, gelijk ik uiteenzette, mij het waarschijnlijkste toeschijnt, te doen hebben is echter hier niet verder te bespreken. Men zal dan ook licht inzien, dat ik mij niet verder tot eene bespreking der regelingen van de aansprakelijkheid in de overige contractueele verhoudingen zal begeven. Eene bloote vermelding, dat de meeste huidige codificaties, gedeeltelijk in navolging van het Romeinsche recht, bij de aansprakelijkheid van den vennoot, bewaargever en lastgever en van de herbergiers, om de voornaamste voorbeelden te noemen, van het schuldprincipe afstand hebben gedaan, zij hier voldoende. [3])

Ten slotte wil ik hier nog wijzen op een instituut, dat handelt over de aansprakelijkheid voor personen en zaken beide, nl. de regeling der aanvaring in het Handelsspeciaal Zeerecht. Eene bespreking der verschillende wijzen van schadevergoeding en verdeeling welke wij hier aantreffen, is hier geheel overbodig. Immers niét enkel hebben wij hier grootendeels met verouderde regelingen te doen, voor een groot deel berustend op historische gronden en opvattingen, maar het zou eenvoudig eene verkorte herhaling vormen van wat reeds meermalen, ook ten onzent,

---

[1]) Eene andere uiting van deze schadeverdeelende tendenz is b.v. nog een wet van 20 Juli 1899 die aan art. 1384 C.c. een nieuw lid toevoegde, volgens hetwelk de Staat de aansprakelijkheid der openbare onderwijzers, voor zoover ze uit dat art. aansprakelijk zijn, overneemt; men denke ook aan het instituut der avery-grosse.

[2]) Aldus de verschillende spoorwegwetten, W. v. K. art. 91, C de comm art. 103, d.H.G.b. art. 429, 456. schw. Obl. R. art. 457 v. C.c. 1781.

[3]) B. W. artt. 1669, 1765, 1846, 1746 v.

is uiteengezet.[1]) In den laatsten tijd vinden wij meermalen pogingen gedaan om al deze grootere en kleinere internationale verschillen weg te nemen en tot eene uniforme regeling te komen.[2])

Het eenige wat hier vermeldenswaard is, is dat in alle regelingen de reeder aansprakelijk wordt gesteld voor de schuld zijner onderhebbenden en voor schade onafhankelijk van eenige schuld dier personen door het schip zelve toegebracht.[3]) Ten minste in aansluiting aan de beide geciteerde schrijvers lijkt mij deze laatste opvatting de grond van art. 540 K. volgens welk artikel eenig schip, dat buiten schuld van de opvarenden een te bekwamer plaatse vastliggend schip aanvaart, de halve schade vergoeden moet. Toch ziet men in dit artikel ook dikwijls een praesumtie — natuurlijk onweerlegbaar want tegenbewijs is in 540 K. uitdrukkelijk buitengesloten — van schuld, en tracht het aldus in overeenstemming te brengen met de heerschende opvattingen. Over de waarde eener dusdanige praesumtie als verklaring en rechtsgrond later. De meeste overige regelingen en ook de door Mr. Rombach vermelde Internationale Ontwerpen gaan dan ook alle meer of minder uitdrukkelijk uit van eene directe aansprakelijkheid voor de schuld der opvarenden en tevens in sommige gevallen voor het schip zelve.[4]) Algemeen blijft men echter als grondbeginsel aan de schuld der opvarenden vasthouden, wat trouwens met de boven beziene

---

[1]) Men zie uit den laatsten tijd zeer uitvoerig de dissertatie van Mr. K. A. Rombach. Bijdrage tot de Intern. Regeling van het Materieele Aanvaringsrecht. Leiden 1903. Voor onze wet ook Scholten bl. 68 v.

[2]) Rombach t. a. p. bijlagen.

[3]) Men zie W. v. K. artt. 534, 535, 536. 538, 540.

Op de merkwaardigheid, dat in art. 538 „toeval" niet in de normale negatieve beteekenis van complement der schuld, maar als speciaal te bewijzen positieve bevrijdende daadzaak is gebruikt, is boven reeds gewezen.

[4]) Zeer duidelijk ook art. 1 van Mr. Rombach's eigen ontwerp, waarin hij de conclusies van zijn onderzoek heeft neergelegd.

regelen van de aansprakelijkheid des meesters voor zijne ondergeschikten in het algemeen in overeenstemming is.

III. Hiermede wil ik afstappen van de aansprakelijkheid voor zaken en nog eenige handelingen bespreken, welke tot schadevergoeding leiden of kunnen leiden, onafhankelijk van eenige schuld in den schadetoebrengenden persoon.

De voornaamste groep vormen hier de noodstands-handelingen, welke perse tot schade voor anderen leiden en waarbij men toch niet van schuld spreken kan. In subjectieven zin natuurlijk wel, ja gewoonlijk zal de in noodstand handelende persoon wel heel goed weten dat hij aan iemand anders schade toebrengt, doch het objectieve element, de eisch, dat de schadetoebrengende daad tegen de „Verkehrssitte" ingaat, ontbreekt hier geheel, gelijk wij zien zullen. Eigenlijk hebben wij hier dus niet met eene uitzondering op het geheele schuldprincipe te doen, maar veeleer enkel op het objectieve element, het element waarvan wij boven de groote levensvatbaarheid immer constateerden! Het is dus van te meer belang na te gaan, in hoeverre wij hier met eene uitzondering te doen bebben. Hierbij zal ik mij voornamelijk houden aan de zoo van alle zijden geroemde beschouwingen van R. MERKEL, welke over dit onderwerp vrijwel tot communis opinio zijn geworden.

Wij moeten beginnen met de hier te behandelen vorm der zuivere noodtoestand te omgrenzen en een onderscheid maken tusschen de „unverschuldete Nothstand" en die welke terug te voeren is tot de schuld, althans tot eenige aansprakelijkmakende daad van iemand anders, in welk geval natuurlijk ook deze persoon instaat voor de schade in den noodtoestand toegebracht, daar deze tot de gevolgen zijner handelingen behoort. Gevallen dezer soort hebben wij boven reeds gezien. Noodweer is er een zuiver, het gebruik der zgn. „middelen tot bewaring van zijn recht" een zeer analoog voorbeeld van. Hier echter hebben wij enkel te doen met de gevallen van aan niemands schuld te wijten noodtoestand, gelijk

algemeen gezegd wordt; althans met die gevallen van noodtoestand die niet terug te voeren zijn tot eenig aansprakelijkmakend feit. [1])

Wat is nu eene noodstandshandeling. In het begrip ligt, dat zij in nood verricht moet zijn; er moet dus een toestand van aanwezig of dreigend gevaar zijn die niet anders kan afgewend worden dan ten koste van eenig nadeel dat men iemand anders of diens bezittingen toebrengt. En nu ziet iedereen licht in, dat alleen dan uit een maatschappelijk oogpunt de noodstandshandeling te billijken is, ja te prijzen, wanneer om een in algemeenen zin hooger belang te redden een minderwaardig wordt opgeofferd. Enkel voor noodstandshandelingen, die aan deze vereischten voldoen gelden de volgende overwegingen.

Uit de gegeven definitie volgt, dat een zoodanige handeling in maatschappelijken zin niet afkeurenswaardig is, en dat (natuurlijk vooropgezet een noodtoestand) een zoodanige schadetoebrenging geoorloofd en overeenkomstig de Verkehrssitte is. [2])

De groote vraag, die vooral MERKEL besproken heeft, is nu of eene dusdanige handeling tevens rechtmatig is. Drieërlei meeningen vinden wij hier verdedigd. Men noemt deze handeling onrechtmatig, „unverboten" of rechtmatig. [3])

---

[1]) Dus ook de zeer goed denkbare gevallen van schade in noodtoestand toegebracht, waar de aansprakelijkheid niet op schuld berust. Men denke bv. aan schade toegebracht aan huizen, die onmiddelijk dreigen in te storten. d.b. Gb. § 228.

[2]) Consequent hierop doorredeneerend was het Romeinsch recht dan ook tot geen vergoedingsplicht gekomen. l. 29 § 2, 3. D. 9,2. MERKEL bl. 107 wijst ook nog op l. 49 D. 9,2 en l. 3 § 7 D. 47,9, waar geen vergoedingsplicht wordt erkend, indien iemand om zijn eigen huis te redden het huis van iemand anders, dat zeker verbrand zoude zijn, omverhaalt. M. i. is dit minder zuiver, omdat het hier bovendien de vraag is of er schade geleden is!

[3]) Men zie literatuuropgave bij UNGER bl. 27, die zelf op het unverboten-standpunt staat, en bij MERKEL die „rechtmatig" verdedigde (zie beneden). Evenzoo na hem bv RÜMELIN Gründe bl. 36 v., SCHOLTEN bl. 10 v., MAUCZKA bl. 316 v.

Ik wil mij in dezen strijd niet mengen, aangezien het mij toeschijnt, dat het een strijd over woorden is, nog bemoeilijkt door eene begripsverwarring. Immers twee dingen heeft men immer door het begrip rechtmatig willen uitdrukken: nl. zoowel geoorloofd als „geen schadevergoedingsplicht medebrengend", ersatzfrei. En dit is onmogelijk, aangezien deze beide begrippen geheel heterogeen zijn. Het blijkt ten duidelijkste uit dit voorbeeld, de noodstandshandeling, die tegelijk geoorloofd is, en als, naar we zien zullen, de vrij algemeen gehuldigde opvatting is, vergoedingsplichtig maakt. Stelt men nu de grens rechtmatig-onrechtmatig gelijk met geoorloofd-ongeoorloofd dan moet men de noodstandshandeling rechtmatig noemen; stelt men haar gelijk met vergoedingsplichtig of niet dan is de noodstandshandeling onrechtmatig, en wil men niettegenstaande de principieele onmogelijkheid de gelijkheid der beide grensscheidingen nog zooveel mogelijk redden, dan moet men een soort tusschending aannemen, unverboten, waarbij men de handeling niet perse geoorloofd verklaart, immers dan zou er geen vergoedingsplicht kunnen bestaan, doch haar ook niet tengevolge der vergoedingsplicht ongeoorloofd noemt, daar men dan tot de consequentie moest komen dat ze verboden moest worden! Bovendien moet men bij de unverbotentheorie nog op de billijkheid teruggrijpen om tot een vergoedingsplicht een „Haftung ex lege" te komen. [1])

De groote verdienste van Merkel is nu, dat hij deze, gelijk ik zeide, principieele mogelijkheid heeft gevoeld en van al dit geschipper afscheid genomen heeft. Hij heeft nl. zijn geschrift in twee scherp gescheiden afdeelingen verdeeld. In de eerste verdedigt hij de stelling dat de noodstandshandeling rechtmatig (d. i. geoorloofd en in overeenstemming met de Verkehrssitte) is, terwijl hij in de tweede afdeeling het leerstuk der schadevergoeding eerst in het algemeen behandelt, doch daarna (bl. 232—236)

) Aldus bv. Unger bl. 27 o.a.

positief bij noodstandshandelingen eenen vergoedingsplicht eischt. [1]) Dit laatste, wat, gelijk ik reeds aangaf, in het Romeinsche recht niet geschiedde, is langzamerhand ook in ons recht doorgedrongen. Het begint in speciale bepalingen, van welke ik er eenige kortelings wil vermelden. Er nader op ingaan wil ik niet, aangezien de gevallen alle zeer doorzichtig zijn en men bovendien bij MERKEL bl 49-75, en bij SCHOLTEN bl. 103 v. voor ons recht, eene uitgebreidere behandeling kan vinden.

Allerlei bepalingen in dezen zin vindt men in het burenrecht. Zoo de ongeveer overal gegeven bevoegdheid tot het eischen van eenen noodweg tegen schadevergoeding [2]) indien een stuk land niet anders bereikt kan worden. Ten onzent b.v. het zetten van steigers op eens anders land. In het zeerecht het recht van kapping van eens anders ankertouwen in speciale gevallen, alles tegen schadevergoeding. Eene uitvoerige uiteenzetting dier gevallen in het Duitsche en Oostenrijksche recht geeft MAUCZKA bl. 239 v. Ik wil het hierbij laten, doch nog even wijzen op een paar bepalingen die in meer algemeenen zin deze vraag uitmaken, alle door het geven van schadevergoeding. Zoo vinden wij in het d.b. Gb. § 904, die — geplaatst onder de bepalingen over den eigendom — den eigenaar verbiedt eene in noodstand verrichte beschadiging van zijn eigendom tegen te gaan mits het dreigende nadeel in verhouding met het hem toegebrachte nadeel „unverhaltnismäszig grosz ist", echter tegen schadevergoeding. Hiernaast behandelt § 228 het speciale geval, dat omgekeerd de dreigende schade kan voorkomen worden door beschadiging of vernieling van de schadedreigende zaak zelve, in welk geval natuurlijk geen schadevergoeding

[1]) Bl. 229 betoogt hij nog eens speciaal, dat het feit of eenige schadetoevoeging in noodstand is verricht of niet, voor den schadevergoedingsplicht geheel irrelevant is.

[2]) Men zie b.v, UNGER bl, 14 v. 24 v.

[3]) Aldus B. W. 669, 715, W. v. K. 541, 543.

gegeven behoeft te worden, altijd, indien de aldus toegebrachte schade „nicht auszer Verhältnis steht zu der Gefahr".

Zoo ruim mogelijk is ook in art. 1065 lid 2 van het Zwitsersche ontwerp 1905 bepaald: „Wer zur Abwendung eines drohenden Schadens oder einer gegenwärtigen Gefahr für sich oder einen andern in fremdes Vermögen eingreift, hat den Schaden nach Ermessen des Richters zu ersetzen".

In lid 1 en 3 wordt achtereenvolgens bij noodweer en „Selbsthilfe" geen schadevergoedingsplicht ingesteld. In de toelichtende Botschaft wordt dit nieuwe lid met geen enkel woord besproken. Hetzelfde merkt MAUCZKA (bl. 317) op omtrent de oudere schrijvers, vooral de natuurrechtelijke, die hier eenen schadevergoedingsplicht als iets vanzelf sprekends aannemen. [1])

De conclusie dat over het algemeen de noodstandshandelingen schadevergoeding gewenscht wordt, lijkt mij dus niet te gewaagd! [2])

Het nut dezer beschouwing van MERKEL voor een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding is echter zeer gering, waarom ik ook slechts kort hierop ben ingegaan. Het eenige groote, enkel n e g a t i e v e voordeel is dat hij duidelijk heeft uiteengezet en bewezen dat de grens geoorloofd — ongeoorloofd niet samenvalt met schadevergoeding — of niet. Eenige p o s i t i e v e waarde heeft dit deel van MERKEL's geschrift voor ons onderzoek n i e t.

Er zijn nu echter nog andere gevallen waar men ook zonder schuld instaat of instaan moet voor handelingen, die eenig ander persoon benadeelen. In normale omstandigheden

---

[1]) Evenzoo de nieuweren, zelfs zij die speciaal dit onderwerp hebben behandeld: v. THUR der Notstand im Civilrecht en TITZE die Notstandsrechte im d. b. Gb

[2]) Velen brengen nu nog allerlei andere gevallen onder ditzelfde gezichtspunt. Men zie b v. MERKEL bl. 49, RÜMELIN bl. 44 v., SCHOLTEN bl. 116 v. Het zijn de onteigening, vernietiging van eigendom, de aansprakelijkheid voor aan het bedrijf inhaerente gevaren enz. Echter reeds in zooverre is dit min juist, aangezien hier het element van den n o o d toestand ontbreekt.

treedt echter bij deze handelingen hoewel de benadeeling wel degelijk plaats vindt, geen schadevergoedingsplicht in, zoodat ze in dit opzicht geheel verschillen van de noodstandshandelingen en de hiermee analoge gevallen. [1])

Ik bedoel allereerst de boven reeds genoemde gevallen, waarin men van eenig middel tot bewaring van zijn recht gebruik maakt. Op zichzelf leidt dit natuurlijk niet tot schadevergoeding. Hoe nu echter, indien de voor eene toepassing dezer middelen noodzakelijke vereischten niet aanwezig zijn? Had de toepassende partij dit kunnen weten en treft hem dus schuld, dan is volgens ieders meening eene schadevergoeding hier geheel op zijn plaats en ook volgens geldend recht toegestaan. Het is echter zeer wel mogelijk dat de beslagleggende partij het nietbestaan dezer vereischten onmogelijk weten kan, dat er dus bij hem onmogelijk van schuld gesproken kan worden! Terwijl onze wet in art. 732, 739 Rv. deze vraag niet beslist en enkel met de toevoeging „indien daartoe gronden bestaan" [2]) volstaat, vinden wij in de nieuwe Duitsche wetgeving eenige bepalingen hierover. Civ. Proz. Ordn. § 945 staat hier geheel en al op het standpunt der absolute aansprakelijkheid, en evenzoo d.b. Gb. § 231, die voor de gevallen van Selbsthilfe bij dwaling omtrent het bestaan der in de wet gestelde vereischten tot schadevergoeding verplicht, „auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht". [3]) Hiertegenover meent UNGER in

[1]) Dit verschil houdt m. i. SCHOLTEN bl. 120 – 123 niet in het oog. In zijn stelsel hooren deze gevallen veeleer thuis in de tweede categorie. Men zie ook UNGER bl. 98 n. 1.

[2]) De strijd hierover is bekend, zie SCHOLTEN bl. 60. Tegen de literatuur (FAURE I 341) die hier op het schuldprincipe staat, heeft een vonnis Rb. Middelburg 30 Nov. 1898 W. 7211 hier een absolute aansprakelijkheid aangenomen, trouwens in overeenstemming met de constante jurisprudentie. Zie voorbeelden bij ROELFSEMA bl. 110—115.

[3]) Men zie UNGER bl. 49 v.: man irrt auf eigene Gefahr. Uitvoerig ook MAUCZKA bl. 297 v, die o. a. vermeldt dat het Hongaarsche Ontwerp ten deze met het d.b. Gb. gelijkluidend is.

de literatuur van den lateren tijd een tendenz tot teruggang naar het schuldprincipe te bespeuren. Eenige bladzijden verder wijst hij er echter zeer terecht op, dat het op zichzelf nog niet zoo gek is dat tegenover eene abnormale bevoegdheid ook eene abnormale aansprakelijkheid staat: „anomale Hilfe — anomale Haftung". [1]) Ditzelfde idee komt nu ook te voorschijn bij de aanvragen tot faillietverklaring. Ook hier neemt onze jurisprudentie bij gemis aan wettelijke bepaling eene absolute aansprakelijkheid aan. De wijze, waarop dit geschiedt, is echter allermerkwaardigst. Telkens schermt de jurisprudentie nog met de woorden „onrechtmatige daad", maar maakt zich tegelijkertijd telkens schuldig aan het reeds eerder vermelde kunstje om uit de later gebleken omstandigheden de „onrechtmatige daad" af te leiden, wat bij dit begrip, in zuiver objectieven zin genomen, desnoods nog gaat. Het element der schuld is in de hierover gaande vonnissen echter maar wijselijk genegligeerd [2])!

Eenige andere voorbeelden, waar deze zelfde opvatting zich voelbaar maakt, zijn de bekende quaesties over de schadevergoeding te geven aan personen in preventieve hechtenis, waarvan later blijkt, dat ze niet gestraft kunnen worden en in nog sterker mate aan onschuldig veroordeelden. Het eenige verschil is, dat het hier de Staat is, die van eene abnormale macht tegenover het individu gebruik maakt. Het is echter tevens duidelijk, dat dit feit een grooten invloed moet hebben op de regeling der naast zuivere juridische overwegingen, schadevergoeding,

---

[1]) Eene zuivere motiveering van ditzelfde standpunt is te vinden in een arrest Prov. Hof Gelderland, 23 Juni 1869 M. v. H. dl. XI bl. 174: ....vermits elke beschikking der rechters waarbij een gevraagd verlof tot een in de rechten van derden ingrijpende handeling verleend wordt, steeds geacht wordt peiculo petentis gegeven te zijn.

[2]) b.v. Prov. Hof N.-H. 28 Aug. 1839, 12 Jan. 1843. Men zie verder Roelfsema bl. 106 v. Zeer sterk is het ook door Scholten bl. 63 geciteerde arrest Hof A'dam 15 April 1892 Mag. v. H. 1892 bl. 293: ....dat eene ten onrechte geprovoceerde faillietverklaring in zijne gevolgen perse medebrengt een onrechtmatige daad.

en dat deze vergoedingsplicht zeer aan te bevelen en „een eisch des tijds" is [1]), daarom moet men, vooral bij de schadevergoeding aan ten onrechte preventief zittenden, wel terdege nagaan, welk een invloed deze plicht tot vergoeding op den Staat zou hebben. In den allerlaatsten tijd evenwel hebben wij kunnen zien, dat in Duitschland een Gesetz van 14 Juli 1904 [2]) over „Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft" is tot stand gekomen, nadat reeds in Mei 1898 een recht op schadevergoeding was toegekend aan later vrijgesproken veroordeelden [3]). Moge ook dit voorbeeld van het land, dat in het uitbreiden der aansprakelijkheid reeds zoo dikwijls de wereld is voorgegaan — men denke aan spoorweg- en arbeidersverzekeringswetgeving — eene spoedige navolging vinden.

Hiermee ben ik gekomen aan het eind van mijne beschouwingen over het geldende recht en de daarin te vinden tendenzen. Ik herhaal nog eens, en het zal den lezer ook maar al te zeer gebleken zijn, dat volledigheid hier niet te vinden is. Mijn doel, het vormen van een eenigszins vasten, feitelijken grondslag voor mijn verder betoog, meen ik echter hiermede wel in voldoende mate bereikt te hebben.

---

[1]) Aldus SCHOLTEN bl. 121 v. Men zie o. a. het besluit der Ned. Jur. Vereen. 1886 in dezen zin en de rede van den heer v. RAALTE aldaar en op de Ned. Jur. Vereen. 1897.

[2]) Men zie o. a. W.8113 en de Jur. Zeitung 1904 bl. 176 HAMM over het ontwerp, en bl. 839 v. BURLAGE over de aangenomen wet.

[3]) In Oostenrijk reeds bij een wet van 16 Maart 1892. Men zie o. a. JELLINEK Grünh. Z. 1893, UNGER bl. 98.

8

HOOFDSTUK III.

Nieuwere opvattingen en systemen.

Alvorens de verschillende stelsels na te gaan, die op het in het vorige hoofdstuk verzamelde feiten-materiaal zijn opgebouwd, wil ik kortelings eenige algemeene gezegden — immers meer zijn het niet — bespreken, die bij de behandeling, ja verklaring der boven het schuldprincipe uitgaande aansprakelijkheid eenvoudig schering en inslag zijn, vooral bij hen, die overigens hardnekkig vasthouden aan het schuldprincipe. Eenige dezer uitdrukkingen heb ik in het vorige hoofdstuk wel eens vermeld — men meene echter niet dat ze enkel op de geciteerde plaatsen voorkomen!

In de eerste plaats eenige woorden over het gebruik van het weerlegbaar vermoeden, de praesumtio juris. Herhaalde malen ontmoetten wij haar boven. Ook de jurisprudentie past haar, bewust of onbewust, telkens toe. Tevens wezen wij er op, dat men hier echter niets in ziet en het althans niet als afwijking van het schuldprincipe beschouwt. Enkel wordt de bewijslast „om praktische redenen omgedraaid. Met deze bewering vergenoegt men zich. Kan men haar evenwel aanvaarden? Juist „praktische" overwegingen, n.l. de groote moeilijkheid om interne feiten

als schuld enz. te bewijzen, brengen mij er veeleer toe, te gelooven, dat men eene zuivere toepassing van het schuldprincipe niet voldoende achtte. [1]) Immers, was het bewijs hier gemakkelijk, men zou niet licht eene omkeering der bewijslast, die toch zuiver theoretisch de grens der aansprakelijkheid niet verplaatst, niet aanvaarden. Juist het feit, dat wij zoo dikwijls eene omkeering der bewijslast aantreffen, doet ons vermoeden dat in de praktijk dit op eene groote uitbreiding der aansprakelijkheid uitloopt. Meerdere schrijvers zien dan ook in de omkeering der bewijslast een in zekeren zin verlaten der schuldbasis. Zoo zegt b.v. UNGER bl. 69 noot 18 dat men „genau genommen" in deze gevallen van omkeering der bewijslast eigenlijk een absolute „gesetzliche Haftpflicht" moet zien „mit Ausnahmen" in den vorm van een „Exceptionsbeweis." Boven wees ik er reeds op dat men daar, waar toeval, vis maior enz., in positieven zin opgevat werden, natuurlijk spreken moest van een algemeene aansprakelijkheid met excepties. Wij zien nu, dat zelfs in het zuiver negatieve bewijs van „geen schuld" UNGER reeds een erkenning dezer algemeene aansprakelijkheid met excepties, dus een verlaten van het culpa principe ziet. Staat men dus op dit beginsel dan is werkelijk met een beroep op de „billijkheid" en de „praktijk" — waarover nader — eene omkeering der bewijslast niet te verdedigen, maar moet er minstens als MERKEL (blz. 194) terecht opmerkt, een meer „materielle Begründung" aanwezig zijn!

Een meening die minder ver gaat dan UNGER's opvatting vinden wij bij WEIJL (blz. 622). Ook hij ziet in de zgn. omkeering der bewijslast een breuk met het schuldprincipe; echter geen radicale. Wij hebben veeleer te doen

---

[1]) Merkwaardig wordt dit b.v. gestaafd door art. 538 W. v. K., waarop ik reeds wees en waar in de wet een serie gevallen erkend wordt, waar de oorzaak twijfelachtig is. Boven ben ik bij de behandeling van de aansprakelijkheid voor jeugdige personen reeds incidenteel op deze overwegingen vooruitgeloopen.

„mit einem Kompromisz zwischen Verschuldens — und blozem Verursachungsprinzip; es wird ans Verschuldensprinzip festgehalten, aber so zu sagen nur unter der Resolutivbedingung das Täter seine Schuldlosigkeit nachzuweisen vermag: fällt diese Bedingung aus, so tritt das Verursachungsprinzip zum Vorschein".

Het is begrijpelijk, dat waar de gewone praesumtio juris zoo aangevallen wordt, het allicht met de praesumtio juris et de jure, het onweerlegbaar vermoeden, dat wij zoo mogelijk bij de schrijvers ter „verklaring" van verschillende gevallen van absolute aansprakelijkheid nog meer aantreffen, niet beter gaat! Immers kan men in het gewone weerlegbare vermoeden ten minste nog door de toelating van het exculpatiebewijs, een tot zijn recht komen van het schuldbeginsel vinden, hier, waar het tegenbewijs uitgesloten is, kan dit vermoeden maar al te licht op eene zuivere fictie neerkomen. En indien men zich eenige gevallen voor den geest haalt, waarbij, als ik boven vermeldde, deze praesumtie om zoo te zeggen geregeld als verklaring gebruikt wordt, althans werd — b.v. aansprakelijkheid voor dieren, voor werklieden vooral in het grootbedrijf enz.; het mooiste voorbeeld is wel art. 540 K. dat zelfs bij werkelijke bewezen schuld niet eens van toepassing is! — dan zal men inzien, dat dit vermoeden zelfs heel dikwijls op eene zuivere fictie uitloopt! Aldus wordt het voorstellen van het onweerlegbaar vermoeden, waarin trouwens op zichzelf ook al „nie eine Ratio des Gesetzes gefunden werden kann" [1])

[1]) Merkel bl. 122 v. Verder o.a. Steinbach bl. 56 waar hij van de praesumtio juris et de jure zegt: Solche Erklärungsgründe sind begreiflich, wenn man unter allen Umständen an einer Theorie festzuhalten entschlossen ist, aber sie sind gewisz nicht geeignet für Erscheinungen in der Entwicklung des lebendigen Rechtes eine genügende Aufklärung zu gewähren, Merkel Encycl. ad § 680: Was hier die Annahme einer wirklichen Verschuldung nicht leistet, das ist selbstverständlich auch nicht mit der Krücke einer bloszen Schuldfiktion zu erreichen.

niet enkel onlogisch, maar ook onwaar en in hooge mate misleidend. Het feit, dat het toch zooveel geschiedt, bewijst dan ook enkel dat er in die gevallen een zoo sterke werkelijke rechtsgrond aanwezig is, dat men, zijns ondanks wel gedwongen de absolute aansprakelijkheid als een feit aan te nemen, nu ter redding van het schuldprincipe zijn toevlucht moet gaan nemen tot een stel praesumties en ficties!

Velen was dit vooral door Romanistische schrijvers gebezigde middel dan ook wel wat te sterk. Zij erkenden liever hun onmacht om de afwijkende bepalingen onder de oude beginselen te brengen en trachtten dan de ruimere aansprakelijkheid te verklaren, of liever zagen van een verklaring af door in deze aansprakelijkheid te zien een „Haftung ex lege." [1]) Dat dit absoluut niets geen waarde heeft zal iedereen wel inzien. Voor een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding verklaart men aldus niets! Elke vergoedingsplicht, ook die welke op schuld berust, is natuurlijk een „Haftung ex lege." Ons doel is echter juist te onderzoeken welke de rechtsgrond der wettelijke bepaling is. De wettelijke bepaling constateert slechts! Het is weer MERKEL die bl. 128 zeer terecht opmerkt dat men bij deze uitdrukkings wijze schijnt te vergeten dat „das Gesetz doch auch seine Gründe hat!"

En zoo komen wij hier ten slotte op de in deze materie wel het meest gehoorde „verklaring" der strengere aansprakelijkheid: het beroep op de „billijkheid", de „eischen der praktijk", het „natuurlijk rechtsgevoel." Er is misschien in het heele privaatrecht geen materie, waarbij men deze beroepen zoo dikwijls ontmoet. Ook hier boven zagen wij ze enkele malen incidenteel vermeld. Zoo is het niet zonder reden dat de bekende en zoo dikwijls tot redding van algemeene grondbeginselen gebruikte zin van JULIANUS: Multa jure civili contra rationem disputandi pro utili-

---

[1]) MAUCZKA geeft bl. 122 noot een lange lijst van schrijvers die zich hieraan schuldig maken.

t a t e c o m m u n i recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest (l. 51 § 2 D. 9. 2) in den titel over de Lex Aquilia staat. Het zij mij vergund hiernaast te stellen een algemeene uitspraak van UNGER bl. 141 noot 18 waar hij verklaart „dasz es auf dem Gebiete des Rechts überhaupt und i n s b e s o n d e r e des Schadenrechts nicht auf logische Consequenzmacherei sondern darauf ankommt die Bedürfnisse des Lebens so gut und so weit als es eben angeht, zu befriedigen. Zoo waar als deze laatste zin is, en zoo in overeenstemming met den geheelen inductieven opzet van dit geschrift, zoo is toch de plaatsing bijzonderlijk bij het leerstuk der schadevergoeding tevens een veelzeggend teeken. Met andere woorden zegt ook A. MERKEL in zijn Juristische Encyclopädie § 674 dat „das Recht in dieser Richtung in ungewöhnlichem Masze den Eindruck des unfertigen macht." M. i. zeggen ook de vorige aanhalingen niets anders. Immers wat is de taak van de rechtswetenschap anders, dan een a n a l y s e e r e n d e r b i l l ij k h e i d, e e n z i c h z e l f b e w u s t d o e n w o r d e n v a n h e t o n b e w u s t e r e c h t s g e v o e l. Te ontdekken de lijnen die onwillekeurig ieders gedachten volgen, de normen die hij onwillekeurig toepast, die zijn natuurlijk rechtsidee hem aan de hand doet, ziedaar haar taak. Een beroep op de billijkheid enz. is dus enkel een beroep op een w o o r d, waar de g e d a c h t e ontbreekt, het is een bewijs van onmacht. Dat overigens alle schrijvers, wat de door ons onderzochte gevallen aangaat, vrijwel tot eene g e l ij k e conclusie telkens geraken, en voor vrij gelijke opvattingen telkens de „billijkheid" inroepen, moet ons goeden moed geven, dat men ook hier wel zal kunnen komen tot positieve resultaten dat hier ook wel de onbewuste normen van het rechtvaardigheidsgevoel eenigszins te benaderen zullen zijn. [1])

[1]) Zuiver zegt MAUCZKA bl. 155: „die B i l l i g k e i t ist nur der sich entwickelnde Durchgangspunkt für die Konstruktion eines neuen Rechtsanspruches." In dezen gedachtengang is het verwonderlijk hoevelen. ten onzent b.v. zeer duidelijk VAN LENNEP „het algemeen belang" als een aparte verklaring naast de verschillende principes

Eenige pogingen in deze richting mogen nu in het kort besproken worden.

Wij kunnen de betrekkelijke schrijvers al dadelijk in twee groote groepen verdeelen:

I. zij die het schuldbeginsel intact willen laten en er naast een of meer nieuwe gelijkwaardige beginselen aannemen en

II. zij die alle gevallen waar schadevergoeding gegeven wordt, onder één principe trachten saam te brengen.

Voordat ik echter tot eene nadere beschouwing dezer beide groepen wensch over te gaan, wil ik eerst een soort praejudicieele quaestie van meer principieelen aard behandelen, of liever écarteeren. Beide groepen tellen nl. meerdere leden die, alvorens hunne speciale beginselen te bespreken, vooropstellen dat, al naar hun opvatting, het brengen hetzij onder één hetzij onder meerdere principes reeds in theorie van te voren als onmogelijk kan worden veroordeeld.

Zoo ziet men van vertegenwoordigers der eerste groep een beroep gedaan op de ingewikkeldheid der menschelijke verhoudingen, welke het opstellen van een algemeen geldend principe onmogelijk maakt. Kein vernünftiges Schadensrecht geht in einer rein verstandesmäszigen Rechnung auf! roept DEGENKOLB bl. 74 uit. Zoo komt UNGER bl. 130 in dezelfde gedachtengang blijvend als zijn op de vorige bladzij aangehaalde gezegde, ons vertellen dat het Recht hier „eine rein logische und denkfolgerechte Entwicklung nicht zuläszt". [1]) Evenzoo komt STEINBACH bl. 87

---

behandelen. Over een beroep speciaal op het algemeen belang zegt MERKEL Encycl. ad § 680 zeer scherp: „Darin ligt ein Miszverständnisz. Ohne Zweifel is hier das öffentliche Interesse im Spiele, aber nicht in andrer Weise als bei der auf eine Verschuldung gegründete Haftpflicht. Das öffentliche Interesse steht hinter allen Rechtsbestimmungen. Die Frage ist, welche besonderen Gesichtspunkte den allgemeinen Interessen gemäsz bei der Statuirung und Abgrenzung der Haftpflicht zur anwendung kommen". enz.

[1]) In dezelfde richting ten onzent SCHOLTEN bl. 103 v. Nog sterker v. BLUME Krit. Viertelj. Schrift 1896 bl. 213 waar hij het een „Fehler" noemt, „wenn man den unendlichen Reichtum der auf diesem Gebiete wirkende Kräfte auf „Prinzipien" zu reducieren sucht."

tot de conclusie dat van een „zurückführen auf ein einheitliches Prinzip" durchaus geen sprake kan zijn. Verderop verzacht hij zijn uitdrukking wel een weinig en verlaat hij ten minste het principieele standpunt door met een beroep op de (bl. 119) aangehaalde § 674 van MERKEL's Encyclopädie te verklaren, dat hij ten minste van oordeel is dat het bij dit onderwerp onmogelijk is althans „in kurzer Zeit" tot eenige, de gansche materie beheerschende regels te komen. Alzoo een soort tusschenstandpunt.

Daar tegenover komt o.a. BINDING bl. 472 noot 19 met de verklaring, dat hij één principe wel degelijk mogelijk acht — welke verklaring bij het standpunt, dat, gelijk wij zien zullen, deze schrijver inneemt, vrij begrijpelijk is! Principieeler is echter SJÖGREN, bl. 353, die uitgaand van de niet te ontkennen stelling, dat gelijke oorzaken gelijke gevolgen hebben, in verband met een vrijwel door hem uitgevonden beginsel, dat dus ook ongelijke oorzaken nimmer gelijke gevolgen kunnen hebben, meent de eerste stelling te kunnen omdraaien en uit het feit van gelijk gevolg — vergoedingsplicht — de noodwendigheid ééner gelijke oorzaak deduceert! Hiertegenover stelt RÜMELIN GRÜNDE bl. 12 noot 28 zeer terecht, dat onafhankelijk van de waarde dezer stellingen de toepassing op ons vraagstuk „offensichtlich unrichtig" is, aangezien het toch principieel best mogelijk, is dat ongelijke oorzaken „eine bestimmte Wirkung gemeinsam haben." Ten slotte komt MAUCZKA bl. 11 verklaren dat het „zwar denkbar" is dat er „mehrere Haftungsgründe neben einander" staan: „aber es ist viel warscheinlicher dasz die aufgezählte Momente blosz Begleitermerkmale eines bisher unentdeckten Haftungsgrundes seien". Zonder natuurlijk daarom de pretentie te willen hebben zelf een dusdanigen algemeenen grond ontdekt te hebben, lijkt het laatste standpunt mij het aannemelijkst. Dit is althans te constateeren, dat het den tegenstanders van één enkel principe niet gelukt is een positief bewijs te geven dat een algemeene grond niet gevonden kan worden. Ik wil hier echter niet verder op ingaan,

vooreerst, omdat een kiezen van een principieel uitgangspunt op deze wijze mij in directen strijd zou brengen met den hier gevolgden inductieven betoogtrant, en in niet mindere mate omdat het mij toeschijnt dat deze vooropgestelde principieele overwegingen wel wat te sterk geïnfluenceerd zijn door de daadwerkelijke conclusies, waartoe de schrijvers zelf bij hun onderzoek zijn gekomen, zoodat hierdoor hun zuiver principieele waarde al heel sterk verminderd wordt.

Wat dan nu de schrijvers zelve aangaat, zoo is bij dit onderwerp een geheel andere volgorde te bespeuren als bij de meeste overige onderwerpen van legislatieven aard. Meestal kunnen wij namelijk constateeren dat de literatuur, óók de zuiver juridische, den wetgever vóór is; immers deze laatste, logge machine als hij is, komt pas dan in werking, wanneer er een vrij algemeen erkende noodzakelijkheid tot ingrijpen bestaat. Bij ons onderwerp was het evenwel anders, althans wat de juridische literatuur aangaat. Niettegenstaande de principiëele afwijkingen van het schuldbeginsel in de verschillende codificaties uit het begin der 19e eeuw, niettegenstaande de serie spoorwegwetten in 1838 geopend en de verschillende algemeene Haftpflichtwetten na 1870, is het een feit, dat tot een 20tal jaren geleden op eene enkele uitzondering na vrijwel algemeen vastgehouden werd aan het schuldbeginsel, in 1867 door JHERING voor het Romeinsche recht in een „Festschrift", het meermalen geciteerde: Schuldmoment im Römischen Privatrecht op zoo schitterende en doorslaande wijze verdedigd. [1]) Was het wonder dat bij iedere nieuwe

[1]) Merkwaardig is hoe reeds toen JHERING de macht der komende objectieve, den schuldbodem verlatende theorieën heeft vóórgevoeld, bl. 38 noot 73 waar hij zegt: Dasselbe (nl. dat subjectieve theoriën door breedere objectieve vervangen zullen worden) gilt von einer Menge van Fällen wo die römischen Juristen eine culpa annahmen — es sind Bestimmungen objectiver Art, gewaltsam in die subjective Form gezwängt, die erst die fortschreitende Wissenschaft von dieser engen Form ablösen wird.

wet, die een uitzondering op dit beginsel bracht — en zoo waren er vele — van juridische zijde meer tegenstand dan medewerking werd ondervonden?

Wat nu de Iste groep schrijvers meer in het bijzonder betreft wil ik wijzen op een auteur uit eenigszins vroegeren tijd die men gedeeltelijk als een voorlooper der latere kan beschouwen.

Ik bedoel LOENING in zijn bekende geschrift, die Haftung des Staats aus Rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten 1879. Zijne opvattingen omtrent de aansprakelijkheid der juridische personen vermeldde ik boven reeds in het kort; tevens heeft hij echter in het algemeen eenige bladzijden gewijd speciaal aan den invloed der grootondernemingen op het schuldprincipe. Bl. 87 v. behandelt hij nl. kortelings de beginselen van het Haftpflichtgesetz, na er op gewezen te hebben, dat deze beschouwingen evenzeer gelden voor den privaat-ondernemer als voor den rechtspersoon. Zijne conclusie is in deze gevallen eene verwerping van het schuldprincipe: als zuivere principieele basis der aansprakelijkheid moet men nemen het drijven der onderneming zelve. Immers aan dit drijven is noodwendig gevaar voor anderen verbonden. Dus: „die Gesellschaft die solche gefahrfolle Betriebe gestattet, kann und musz verlangen dasz der Unternehmer auch diese Gefahr trägt, sie muss ihn schadenersatzpflichtig machen. Die ihm von dem Gesetz aufzulegende Garantie gehört zu den Generalkosten des Unternehmens.

Hiermee stelt hij dus voor dit geval naast het schuldprincipe een nieuw: de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door het uit zijnen aard gevaarlijke bedrijf — een beginsel dat voorzeker van groote beteekenis is en, gelijk wij zagen, in de latere wetgeving — men denke aan de Ongevallenverzekering enz. — zeer goed zou passen. Dit wordt nog te waarschijnlijker wanneer wij zien, dat wat hier als rechtsgrond der aansprakelijkheid van den ondernemer wordt voorgesteld geheel en al overeen komt met de door ROSIN ge-

geven en algemeen aangenomen definitie van bedrijfsongeval. [1])

Behalve deze trouwens nog slechts incidenteel gemaakte opmerkingen heb ik geen enkele belangrijke principieele beschouwing kunnen vinden voor het jaar 1888.

In dit jaar zijn in Oostenrijk 2 geschriften verschenen, waarvan het eene, van STEINBACH, getiteld is: „Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz van Vermögensschaden. Deze schrijver houdt zich echter vrij geregeld aan de bepalingen van het allg. b.Gb en steunt hierbij vooral op het bekende Gutachten van PFAFF „zur Lehre vom Schadenersatz und Genugthuung nach österr. Recht," welk geschrift bedoeld als eene directe verklaring der desbetreffende §§ van het all. b.Gb., toch niet nalaat meerdere malen ook buiten dit wetboek de doorwerking na te speuren van tendenzen, die „jetzt noch gezwungen werden sich in den sie nicht fassenden Mantel der Verschuldung zu hüllen," (bl. 11) en die hij meer tot hun recht laat komen. De bedoeling van STEINBACH gaat echter verder. Al bestaat misschien zijn grootste verdienste in het nauwkeurig onderzoeken van eene menigte betrekkelijke wetten, in welke hoedanigheid ik hem boven meermalen aanhaalde, doch waarin hij door het bekende werk van UNGER wel wat op den achtergrond is geschoven, toch gaat ook hij wel dieper in op de hier heerschende beginselen. Bl. 33 stelt hij dan twee groote stroomingen tegenover elkaar het subjectieve schuldprincipe en een objectief principe dat de schadevergoedingsplicht afleidt uit een „Herrschafts — bez. Nutzungsverhältnisz an dem schädigenden Objecte." In tegenstelling dus van LOENING, die de aansprakelijkheid bij ondernemingen met het meerdere gevaar verbindt, brengt STEINBACH verband tusschen de aansprakelijkheid en het voordeel, een beginsel, dat wij nog wel meer zullen aantreffen. Bl. 35 be-

[1]) Zie boven bl. 99. In het laatste Hoofdstuk hoop ik op dit verband tusschen den rechtsgrond der schadevergoeding en de causaliteitsvraag in het algemeen nog nader in te gaan.

grondt hij de aansprakelijkheid van niet-toerekeningvatbaren op de billijkheid in verband met hun vermogen, welke meening wij, gelijk boven uiteengezet, als verklaring ter zijde kunnen laten. Naast de aansprakelijkheid wegens voordeel ziet hij nu nog vooral bij de verhouding van den werkman tot den ondernemer eene toepassing van de aansprakelijkheid uit het „Herrschaftsverhältnisz". En hij wijst hierbij o. a. op GIERKE, die in zijn Genossenschaftstheorie de groote invloed dezer verhouding in het oude recht bl. 803 v. uitvoerig uiteenzet. Terecht wijst STEINBACH er echter op dat juist in die gevallen, waar men tegenwoordig het meest op eene verzwaarde aansprakelijkheid aandringt, nl. in het grootbedrijf, van dit oude Herrschäftsverhältnisz niet veel is overgebleven. Trouwens, men moet immer een weinig wantrouwend zijn indien oude positief niet meer bestaande verhoudingen gebruikt worden om nieuw opgekomen tendenzen te verklaren. Voor zijne eigen opvatting haalt hij dan nog aan de bekende woorden van BERTRAND DE GREUILLE in het Rapport au tribunat (bij de behandeling der Code): n'Est ce pas en effet le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer? en op l. 149 D. 50.17: „Ex qua quis persona lucrum capit eius factum praestare debet," waarna hij bl. 62 zijn principe formuleert als volgt: „Ich glaube also den eigentlichen Grund der Haftpflicht des Unternehmers für seine Gehilfen in dem Wesen der Unternehmung als wirtschaftlicher Persönlichkeit und in der Berechtigung des Unternehmers zum Bezuge des Unternehmergewinnes erblicken zu dürfen." [1])

Met opzet heb ik deze meening en hare gronden nog al in extenso aangehaald aangezien geheel op dezelfde gronden ten onzent MR. H. v. LENNEP in zijne dissertatie 1895 tot dezelfde conclusie is gekomen, welke hij gedoopt heeft de „profijtstheorie."

[1]) De overige uiteenzettingen van STEINBACH voornamelijk voor de „Schadensausgleichung, Schadenverteilung" hebben minder met ons onderwerp te maken. Bij de bespreking van MATAJA's geschrift wil ik er evenwel eenige woorden aan wijden.

Tegen deze theorie is Mr. Eyssell opgekomen in Themis 1894. In zijne bestrijding, uitvoerig besproken door Scholten bl. 136 v, ligt veel waars. Toch richten zijn argumenten ontleend aan werkverschaffing, werken met verlies enz. zich meer tegen de woorden van v. Lennep's theorie dan wel tegen den inhoud. [1]) Het wil mij dan ook toeschijnen dat eene andere formuleering hier reeds veel verhelpen kan. Er is echter een ander argument, dat hier van meer beteekenis is en ook al door v. Lennep zelf bl. 102 gevoeld is. Het is de vraag waarom deze vereeniging van belang (voordeel) en aansprakelijkheid zich hier enkel voordoen en niet tevens op het geheele gebied der aansprakelijkheid? Scholten bl. 139 v heeft dit ook zeer goed gevoeld en zegt dan dat v. Lennep's theorie hier eene aanvulling behoeft. Zelf gaat hij dan eene scheiding maken tusschen schaden door schuld van den ondergeschikte toegebracht en die, waarbij hem niets te verwijten is, de eigenlijke dienstschade. Bij de eerste soort geldt de theorie van v. Lennep geheel, bij de tweede „in sommige gevallen". Welke deze gevallen zijn vermeldt hij niet, doch verwijst naar een later betoog waar hij in het algemeen de aansprakelijkheid van den ondernemer zeer kort beschouwt en waar telkens weer het gevaar-idee te voorschijn komt. Hieruit blijkt al voorloopig — en eene nadere

---

[1]) Nog een argument dat Mr. Eyssell reeds in Themis 1896 had uiteengezet en in Themis 1897 herhaald heeft, is dit: Indien men spreekt van bedrijfsrisico, waarom moet dit dan vallen op den werkgever? Wij hebben hier immers evenzeer te doen met des werkmans bedrijf. Evenzoo Jung: der Arbeiter hat doch auch Nützen? bl. 109 en Levy Rev. Crit. 1899 met aanhaling van Hubert Valleroux: L'industrie comprend à la fois les patrons qui dirigent et les ouvriers qui exécutent. Deze opmerkingen lijken mij alweer ingegeven door een dubbelzinnige woordenkeus naast onzuiver oeconomisch inzicht. Men spreekt n.l. altijd van de aansprakelijkheid van den ondernemer, doch deed beter te spreken van de onderneming als oeconomisch geheel. En dan is het de ondernemer, die alle kosten der onderneming, evengoed het arbeidersloon als de kosten der bedrijfsongevallen, welke in dit opzicht in oeconomischen zin geheel op één lijn staan, moet dragen.

beschouwing van MERKEL zal dit nog duidelijker doen zien — dat, gesteld wij hadden met de verbinding voordeel-aansprakelijkheid de hand gelegd op den rechtsgrond der schadevergoeding, — van deze rechtsgrond hetzelfde gezegd moeten worden als van het juist hierom zoo aangevallen schuldprincipe, nl. dat het in legio gevallen waar het zeer goed toepasselijk zou zijn niet bruikbaar is. Er moeten dus nog wel andere overwegingen zijn, die tot een al of niet erkenning der aansprakelijkheid leiden. Dit alles is echter slechts een zeer voorloopige conclusie.

Hierna is in 1891 verschenen het bekende artikel van UNGER Handeln auf eigene Gefahr. [1]) Zoo rijk aan feiten zoo onpartijdig en helder deze Romanist de tendenzen in wetgeving en jurisprudentie met groote uitgebreidheid en nauwgezetheid is nagegaan, evenzoo weinig theoretische beschouwingen geeft hij. Zijn slotsom is dan ook uitermate karig. „Weder aüsserlich geschlossen, noch innerlich verbunden" noemt hij de door hem onderzochte reeks gevallen. Tot een „Ausgleichung widerstreitender Interessen" (is niet elke wetsbepaling dit?) tot een beroep op de „Sicherkeit des Verkehrs und das moderne Rechtsbewustsein" als rechtsgronden(?) brengt hij de meeste zijner gevallen terug. Hiernaast heeft hij echter ook op eene meer beteekenende tendenz het licht doen vallen nl. op het zeer vele malen samengaan van erhöhte Gefahr en erhöhte Haftung, dezelfde idee die, gelijk wij zagen, LOENING reeds voor een speciaal geval had aangewezen.

Het lijkt mij niet onwaarschijnlijk, dat tot deze weinig beteekenende conclusies wel een weinig UNGER's zuiver Romanistische opvatting van het schuldbeginsel heeft meegewerkt. Immers (bl. 130) aan dit beginsel geeft hij verre de prioriteit, ja hij gaat zelfs uit van de vooropstelling dat eigenlijk enkel het schuldprincipe de grond van

---

[1]) In Jher. Jahrb. Bd. 30. Door mij is geciteerd de in boekvorm verschenen gewijzigde uitgaaf van 1893 (3e druk 1904).

aansprakelijkheid kan zijn en dat „Ausnahmen" hierop hun geldingsgebied nur „schrittweise von Fall zu Fall erkämpfen" kunnen en dan nog slechts op grond „eines besonderen in der inneren Natur und Beschaffenheit dieses Verhältnisses liegenden Rechtfertigungsgrundes." Dat eene dusdanige opvatting niet bevorderlijk is aan een onbevooroordeeld onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding is duidelijk!

Is het wonder, dat dit geschrift naast bewondering voor de groote belezenheid en compileervaardigheid van den president des „Reichsgerichts in WIN," tevens een gevoel van onbevredigdheid opwekte; wat zich dan ook in een paar latere geschriften geuit heeft.

Het eerste en misschien meest beteekenende was het werkje van den jongeren (R.) MERKEL, [1]) „die Kollision rechtmäsziger Interessen und die Schadenersatpflicht bei rechtmäszigen Handlungen" in 1895.

Het eerste deel van dit geschrift is gewijd aan eene beschouwing van de noodstandshandeling, waarop ik reeds in den breede wees. In het tweede deel begint hij met eene korte beschouwing van het schuldprincipe „in seiner Überlebtheit," en van het Entw. II d.b.Gb. Met eene herinnering aan zijn uiteenzettingen over de noodstandshandeling voert hij dan zijn beginsel terug tot twee elementen de „handeling" en het „belang" (Interesse). In de handeling ziet hij geheel wat wij er boven in zagen nl. een „freie Willensbethätigung". Ja, hij gaat zelfs verder door de Handlungsfähigkeit geheel gelijk te stellen met de Zurechnungsfähigkeit, gelijk uit zijne behandeling van de aansprakelijkheid der niet-toerekeningsvatbaren blijken zal en bovendien hieruit blijkt, dat hij voor eene werkelijke handeling eischt dat de schade „vorhergesehen" of althans „nach

---

[1]) Een zoon van den veelzijdigen A. MERKEL, de schrijver der Juristische Encyclopaedie, welk werkje, gelijk boven ook eenige malen bleek, zeer veel tot eene zuivere beschouwing onzer materie heeft bijgedragen.

seiner Art voraussehbar" was. Ook hij maakt de in een vorig hoofdstuk besproken stap boven het schuldprincipe uit door de „generelle Voraussehbarkeit" er in te halen en dus van de subjectieve capaciteiten van ieder individu afscheid te nemen. Aldus komt zijn handelings-begrip dus geheel neer op de algemeen gehuldigde subjectieve elementen der „schuld". Het eenige verschil is, dat hij het objectieve element, den eisch, dat de schadetoebrengende handeling niet die „eines ordentlichen Mannes" is, geheel over boord gooit.

De tweede eisch, die van het „Interesse" dient eenvoudig om, indien ingevolge den eersten eisch (de handeling, Aktivität) de benadeelde recht op schadevergoeding heeft, den persoon aan te wijzen, van wien deze schadevergoeding gevraagd moet worden. Hij, in wiens belang de schadetoebrengende handeling geschied is, is ten slotte „in Uebereinstimmung mit den allgemeinen rechtlichen und ethischen Anschauungen" de man, die de schade vergoeden moet.

Deze grondbeginselen werkt MERKEL nu in speciale gevallen uit, waarbij hun waarde in een niet te gunstig licht komt. Al dadelijk loopt hij vast met de aansprakelijkheid van niet-toerekeningsvatbaren. Toch kan hij een tendenz in deze richting niet ontkennen! Een beroep op „sozialen Billigkeits — und Zweckmäzigkeitsrücksichten moet hier dan ook maar weer de plaats van het ontbrekende beginsel innemen!

Wat nu zijn beginsel zelve aangaat, hier is ook veel op aan te merken. v. BLUME [1]) b.v. verzet zich tegen het woord „Aktivität" en zeer terecht. Immers indien een ketel ontploft, een huis instort, is hier dan van Aktivität sprake? De Aktivität bestaat hoogstens in het oprichten van de fabriek, het bouwen van het huis! En kan men nu dusdanige schaden beschouwen als „generell Voraussеh-

[1]) In zijne critiek van MERKEL's geschrift in de Krit. Viertelj. Schrift 1896.

bar" ten tijde der Aktiviteit? MERKEL zelf voelt dit ook wel en vertelt dan ook bl. 166 dat zijn principe enkel eene toepassing is van een nog dieper liggend beginsel, nl. dat ieder instaat voor alle Ereignisse die met zijn „Wirkungssphäre in einem normalen Verhältnis stehen." Veel houvast geeft dit woord niet. En dit blijkt ten duidelijkste uit de verdere betoogen, die v. BLUME hieraan vastknoopt, waar hij er b.v. bij de aansprakelijkheid voor dieren toekomt van de spheer van een os enz. te spreken. Terecht drijft LAND bl. 175 hier een weinig den spot mee!

Nu is het merkwaardig dat MERKEL hiernaast op een paar bladzijden (164v.) een ander principe laat doorschemeren, wanneer hij nl. bovendien eischt, naar aanleiding van den titel van UNGER's geschrift, dat de Aktivität op zich zelve gevaar voor anderen moet meebrengen, en de „generelle Vorausehbarkeit" in dezen zin opvat dat er in algemeenen zin gevaar moet bestaan voor benadeeling van anderen. Het is duidelijk, dat men op deze wijze wel een tastbaarder omlijning der aansprakelijkheid krijgt, waarbij zich echter weer direct de vraag voordoet, waar hier de grens te trekken? Immers, door het laten vallen van het objectieve element der schuld, van „handeling tegen de Verkehrssitte", is hier tevens de grens verdwenen. Iedere concurrentie, ja iedere daad, mits door een „handlungs fähig" d. i. toerekeningsvatbaar persoon gepleegd [1]) brengt immers door onze nauwe samenleving gevaar voor anderen mede! MERKEL heeft dit zelf ook wel gevoeld. Hij maakt dan ook bl. 179 een uitzondering op zijn beginsel voor die „rechtmäszige Interessen, an deren Konservierung die Gesamtheit ein dringendes — die ersatzlose Schädigung einzelner Unschuldiger überwiegendes — Interesse hat, (und welche) bei Belastung mit einer absoluten Ersatzpflicht thatsächlich unterdrückt würden". In deze gevallen zal dus het schuldprincipe zijn oude plaats her-

[1]) In zooverre is hier het principe van MERKEL enger dan de absolute causaliteitsleer van BINDING e.a.

nemen. Men ziet de algemeenheid dezer uitzondering, waar men feitelijk precies in kan leggen wat men wil! Een bevel aan den rechter, een bruikbare norm is het absoluut niet. Het is hoogstens een leiddraad voor den wetgever! Hiermee verliest dus zijn geheele principe, alle praktische waarde, gelijk v. BLUME, bl, 209, opmerkt. Uit bovenstaande korte uiteenzetting mag evenwel tevens gebleken zijn, dat v. BLUME terecht er aan toevoegt, dat het daarentegen „den Juristen bei der Analysierung der im Rechtsleben werkende Kräfte dienen mag."

Nu is er echter nog een gebrek aan MERKEL's betoog waarop door RÜMELIN Gründe blz. 35 terecht gewezen is. MERKEL spreekt nl. in zijn titel en in zijn hier genoemde algemeene uitzondering telkens van „rechtmäszige Interressen," zonder dat hij dit begrip ergens definieert. In het eerste deel van zijn betoog waar hij de noodstandshandeling „rechtmäszig" noemt, bedoelt hij hiermee: geoorloofd. Door wie vermeldt hij echter niet. Nu komt dit er bij die principieele uiteenzetting minder op aan, maar waar hij hier het woord rechtmäszig gebruikt moet men natuurlijk precies weten wat er mee bedoeld wordt.

Ons oordeel samenvattend moeten wij erkennen, dat MERKEL in het geven van een gesloten systeem positief niet geslaagd is. Eene groote verdienste van hem is echter, dat hij naast het schuldprincipe één nieuw principe heeft willen stellen en bij het onderzoek hiernaar allerlei gedachten tot klaarheid heeft gebracht, waarvan wij de onbewuste werking reeds meermalen hadden ontmoet. Zoo danken wij aan hem de principieele scheiding van de begrippen ongeoorloofd en vergoedingsplichtig wat hij aan de hand der noodstandhandeling ons heeft doen zien. Waar hij dan echter consequent ieder objectief element in het schuldbegrip en voor de schadevergoedingsactie vallen laat, kon hij ons niets beters geven dan zijne niets zeggende afscheiding met de gevallen waar het schuldprincipe wel blijft gelden en waar hij dus . . . de toepasselijk-

heid van eenig objectief element weer w e l moet toestaan!

In 1896 is vervolgens over ons onderwerp verschenen een geschrift van M. Rümelin „Die Grunde der Schadenszurechnung", welke schrijver trouwens in zijne in hetzelfde jaar gehouden Antrittsrede „Der Zufall im Recht" reeds eenige bladzijden aan dit onderwerp had gewijd in verband met het grootbedrijf. Naast een beroep op het Unternehmergewinn, drukt hij zeer op de goede preventieve werking van de absolute aansprakelijkheid, die den werkgever tot betere inrichtingen en veiligheidsmaatregelen voor den werkman zal brengen. [1]) Hoe juist dit ook moge zijn en hoezeer dit argument ook gelden moge voor de instelling eener absolute aansprakelijkheid, zoo moet men toch in dit gelukkige gevolg geen r e c h t s g r o n d dier aansprakelijkheid zien. Een argument in socialen zin voor de toepasselijkheid, meer is het niet. Bij ons betoog hebben wij aan dit argument geen waarde te hechten. Bl. 38 komt Rümelin dan ook ten slotte weer met „Aequitäts" overwegingen aan. In zijn Gründe enz. is hij echter veel principieeler. Hij begint al dadelijk met een geheel ander uitgangspunt. Immers waar Merkel één principe wilde geven met uitzonderingsgevallen, waarin wij weer tot het schuldprincipe moesten terugkeeren, meent Rümelin dat, zoolang een

---

1) Tot r e c h t s g r o n d word deze preventieve werking daardoor in het geheel n i e t. Dit wordt o. a. ook gevoeld door Unger bl. 89: „Diese gesteigerte Diligenz ist jedoch nur eine W i r k u n g, nicht der G r u n d und die G r e n z e der gesteigerten Verantwortlichkeit". Mauczka noemt dit blz. 125: „höchst erwünschte N e b e nwirkungen der Ersatzpflicht. Keineswegs kann man sie jedoch als Haftungs g r u n d verwerten." Merkwaardig — doch op zichzelf niet onbegrijpelijk is de hoogere waarde die de criminalisten hieraan hechten! v. Liszt bl. 3: „Entschädigung wie Strafe dienen in letzter Linie demselben Zweck, Dem Schutze der Rechtsordnung durch die Bekämpfung des Unrechts", evenzoo Simons bl. 13 noot 1. Zuiver op preventieve overwegingen berusten de wetten uit de Fransche revolutie 2 Oct. 1795 en in de Duitsche landen uit 1848 en volgende jaren die de gemeenten aansprakelijk stellen voor a l l e o p r o e r s c h a d e binnen haar gebied, Sourdat II n. 1372 v., uitvoerig Loening bl. 91 v.

reductie tot een hooger principe niet gelukt is wij „durchaus berechtigt sind bei dem einleuchtenden Verschuldungsprinzip" te blijven. Wat dat principe zelve eigenlijk is, gaat hij jammer genoeg in het geheel niet na! Boven is echter reeds gebleken dat bij een nader bekijken dit principe wel iets van dat einleuchtende verliest! Wat nu de aansprakelijkheid in andere gevallen aangaat, zoo is het zijn groote verdienste dat hij hier LOENING's idee van het bedrijfsgevaar, waarvan wij bij MERKEL ook de sporen vonden tot ontwikkeling en tot zijn werkelijke waarde heeft gebracht. Reeds het feit dat eenige handeling, of ruimer, iedere „Interessenbetätigung" voor anderen het gevaar verhoogt is op zich zelf voldoende grond voor de schadevergoeding. Men ziet de uitbreiding van LOENING's idee. De aansprakelijkheid voor dieren, voor huizen, voor werklieden, ieder bezit eigenlijk van zaken brengt hij terecht onder dit gezichtspunt. Waar is nu de grens te trekken? RÜMELIN zelf voelt dat dit principe in zich zelf geen beperking heeft, maar tevens dat het niet overal toe te passen is. Hij noemt dan ook gevallen, waar hij aan het schudprincipe wil blijven vasthouden. Op deze wijze komt dus niettegenstaande zijn vooropgezet, ander principieel uitgangspunt dan MERKEL, zijn standpunt vrijwel op hetzelfde neer. Het is dus wel de moeite waard eens na te gaan hoe hij de moeilijkheid der afscheiding van het geldingsgebied beider beginselen die wij bij MERKEL zoo sterk zagen, tracht te overwinnen. Bl. 48 zegt hij: Die gefährdende Handlung muss immerhin eine solche sein welche sich über das Niveau der ganz gewöhnlichen normalen Vorgänge, namentlich der natürlichen Lebensfunctionen wie essen, trinken, schlafen, spazierengehen u. s. w. erhebt! Ein derartiges Verhalten kann nur zum Ersatz verpflichten wenn es schuldhaft ist." Erg principieel is deze grensscheiding niet! Bovendien, wat zijn „ganz gewöhnlichen Vorgänge?" RÜMELIN zelf geeft er al dadelijk maar een paar voorbeelden van! Een houvast, eenige positieve norm is er niet in te vinden. RÜMELIN voelt dit zelf maar al te goed.

Bl. 49 vraagt hij, of het houden van dieren en vooral het bewonen van huizen eigenlijk niet even normale Vorgänge zijn als b.v. wandelen. Hij geeft dan ook toe dat zijn grensscheiding een „mehr oder minder willkürliche ist, bezüglich deren auch das algemeine Rechtsgefühl, die Verkehrsanschauungen keinen sicheren Ausschlag geben." Beter critiek op zijn eigen meening is niet te leveren. Als zelfs het rechtsgevoel en de verkeersopvattingen geen hulp kunnen bieden, wat dan wel! „Positieve Normierung des Gesetzgebers" moet hier „unter sorgfältiger Prüfung der Volksanschauungen" ingrijpen om „im Einzelnen die Grenze der Gefährdungshaftung" te trekken. De volgende bladzijden wijdt hij dan aan eene korte bespreking der verschillende gevallen, welke hij dan door de wet speciaal geënumereerd wil zien. Verder wil hij het schuldprincipe dan in al zijn oude glorie laten voortbestaan.

Het is begrijpelijk, dat hij op deze wijze met de niet-toerekeningsvatbaren in de knoei komt. Dat hij de verschillende verklaringen (?), die wij reeds hier en daar aantroffen, alle verwerpt is niet te verwonderen. Zelf geeft hij dan ook eene nieuwe verklaring, die hij ontleent aan STROHAL en waarin hij „den richtigen Gesichtspunkt" meent te vinden. Wegens hunne beteekenis volgen hier STROHAL's eigen woorden: Es ist ein Grundgesetz des menschlichen Daseins, dass jeder das Individuum ist, das er ist, und eine Grundbedingung des menschlichen Zusammenlebens, dass jeder für das einstehen muss, was Ausfluss seiner Individualität ist. Aus diesem Grund lassen wir jeden haften für seine Bosheit und für seinen Leichtsinn, für seine Unerfahrenheit und für seinen Mangel an Voraussicht. Warum soll es aber dann schlechthin unstatthaft sein, Jemanden auch für den Schaden haftbar zu machen, den er einem Andern vermöge des sonstigen Aulage seiner Individualität zugefügt hat?

RÜMELIN werkt dit dan nog wat uit. Hij vermeldt, hoe in het civielrechtelijk schuldbegrip ook al dikwijls van werkelijke „moralischer Schuld" geen sprake is en hoe het

dikwijls neerkomt op een soort „Zurechnung zu der von einem bestimmten Normaltypus abweichende Individualität." Ziet men dit eenmaal in, dan is het maar „ein kleiner Schritt" ook kinderen en krankzinnigen aansprakelijk te stellen. Deze meening lijkt mij volkomen juist en stemt trouwens geheel overeen met het boven uitvoerig ontwikkeld standpunt in deze zaak. Het wil mij enkel toeschijnen dat RÜMELIN zelf de portée van deze opvatting, waarvan ook in zijne Antrittsrede op bl. 2 sporen te vinden zijn, niet geheel en al inziet. Immers, als hij werkelijk zoo principieel van de toerekeningsvatbaarheid afscheid wil nemen, dan moet hij wel bedenken dat met dit essentiale de heele ratio van het schuldprincipe vervalt, n.l. de moreele verantwoordelijkheid. Boven heb ik dit al uitvoeriger betoogt, waarheen ik verwijs. Het lijkt mij althans op zijn minst genomen erg gevaarlijk van RÜMELIN om dan toch nog te spreken van het „einleuchtende" Schuldprincipe. Hij zelf zou waarlijk met meer recht tot de tegenstanders van het schuldprincipe gerekend kunnen worden, waar hij positief de subjectieve elementen van dit begrip laat vallen en enkel eischt, dat de schade terug te voeren zij tot eenige tegen verkeersbegrippen indruischende gedraging van eenig persoon, enkel dus het objectieve element, waarvan hij in zijn Antrittsrede bl. 24 zeer terecht erkent dat dit element wel gevonden wordt in het civielrechtelijk schuldbegrip, doch in het zuivere schuldbegrip niet te vinden is en dan ook bv. door de criminalisten gelijk ook wij boven uitvoeriger zagen — niet erkend wordt.

Wat zijn Gefährdungsprincipe aangaat nog dit. Wij zagen reeds dat de directe praktische waarde er van gelijk nul is. Het is hoogstens de formuleering eener tendenz, die in de tegenwoordige wetgeving te voorschijn treedt, eene „blosze Erklärung van Gesetzesparagraphen", als

[1]) In een „Gutachten zum österr. Advokatentage 1880", voor welke Advokatentag ook het meermalen geciteerde Gutachten van PFAFF bestemd was.

MAUCZKA terecht opmerkt. Door de restrictie, die RÜMELIN zelf maakte, dat zelfs het algemeene rechtsgevoel en de verkeersopvattingen hier geen goede diensten verrichten kunnen ontneemt hij aan zijn beginsel alle positieve legislatieve beteekenis. Enkel bij het constateeren niet bij het statueeren der aansprakelijkheid heeft het waarde. Waar het dus enkel om uitlegging der geldende wet gaat, daar is RÜMELIN's betoog van zeer veel beteekenis en neemt hij onder de schrijvers van den lateren tijd over dit onderwerp, waar het op een zuiver onbevooroordeeld onderzoeken der wetsbepalingen aankomt, een eerste plaats in. Van zijn ideeën vooral van de principieele ook met de nieuwere causaliteitstheorieën harmonieerende verbinding der aansprakelijkheid met het gevaar [1]), met het verhoogen der schadekans hoop ik dan ook een van de grondslagen van mijn verder betoog te maken.

In het volgende jaar (1897) is verschenen: JUNG Delict und Schadensverursachung, die na een lange beschouwing der desbetreffende paragraphen in het d.b.Gb., ook den rechtsgrond der schadevergoeding onafhankelijk der einzelne Gesetzesbestimmungen nagaat. Hij begint echter met een ook later (bl. 83, 104, 108 enz.) altijd doorgevoerde m. i. zeer verkeerde vooropstelling.

Hij wil nl. eens vooral deze materie zuiveren van alle oeconomische overwegingen, die wij hier ongeveer bij alle schrijvers aantreffen, aangezien het juist deze zijn die die „rechtlichen Grundsätze des Schadenersatzes nicht zur Kristallisation kommen lassen" en er allerlei bijmengsels aan geven die het bijna onmogelijk maken den zuiveren rechtsgrond te vinden. Nu zou ik toch willen vragen, hoe het mogelijk is juist die oeconomische overwegingen te scheiden, zonder ze aan een speciaal onderzoek te onderwerpen! Ik herinner b.v. aan de boven behandelde vraag, of er bij de ongevallenverzekering wel een over-

---

[1]) Men zie ook de slotwoorden over LOENING boven bl. 122 v.

dracht der schadelast bestaat! Ik geloof dus veeleer, dat men die oeconomische factoren wel degelijk in aanmerking nemen moet en dat men ze in die gevallen waar ze den werkelijken toestand mede beïnvloed hebben, juist hun waarde en beteekenis moet nagaan om aldus te komen tot eene zuivere probleemstelling. Als dit gebeurd is, kan men pas zuiver een onderzoek naar den rechtsgrond beginnen. En dat dan de genoemde oeconomische overwegingen ons niet meer dienen kunnen is duidelijk; maar ze eenvoudig onbesproken te laten en ze te verwijderen zonder tevens den invloed die ze op de feitelijke toestand gehad hebben ook te verwijderen komt neer op het geven van een onzuiveren grondslag aan alle verder betoog! Trouwens JUNG zelf voelt dit ook wel. Bij de bespreking van het adagium „qui sentit commodum sentire debet et onus" b.v. moet hij, waar hij het toe wil passen op het grootbedrijf, wel vervallen in de zuiver oeconomische uiteenzetting van het begrip bedrijfskosten!

De conclusie, waartoe hij komt, is, afgescheiden van deze vooropstelling, vrijwel eene andere formuleering van Merkel's idee. Enkel haalt hij evenals RÜMELIN het gevaar idee weer wat meer op den voorgrond, en wijst er ook op hoe het woord handeling: „Aktivität" een veel te eng begrip vormt. Hij breidt het uit tot „jeder auf Menschliches Wollen zurückführbare Bewirkung einer Veränderung in der Auszenwelt."

Toch is deze verruiming maar schijnbaar. De gebeurtenis, die de schade veroorzaakt, moet direct terug te voeren zijn tot de wil van den aansprakelijken persoon! Daar hij nu tevens, gelijk ik reeds meldde, van alle economische beschouwingen afscheid neemt en dus ook van een begrip onderneming als economische eenheid, moet hij bij de aansprakelijkheid voor werklieden zich weer beroepen op het „Qui facit per alium facit per se", niet inziend hoe een fictie nimmer rechtsgrond zijn kan, doch altijd nog eenen naderen rechtsgrond vereischt, die het gebruik dezer fictie rechtvaardigt. Boven wees ik er trouwens reeds op,

hoe dit beginsel ons bij aansprakelijkheid voor nadeel door schuld der ondergeschikten toegebracht nooit helpen kan. Zijn conclusie op bl. 137 dat dus een zoodanige schade direct „auf eine zurechenbare Handlung jenes andern (nl. van den meester) zurück zu führen ist," is dan ook wel wat sterk. JUNG ziet dat trouwens zelf zeer goed in en erkent dan ook bl. 132, dat men hier „mit einigem Rechte" als „Notbehelf" (!) het oeconomische „Prinzip der objektiven Ausgleichung" (d. w. z. MATAJA's schadeverdeelings-idee) zou kunnen toepassen!!

Merkwaardig is ook de wijze, waarop hij de aansprakelijkheid van rechtspersonen en evenzoo die der niet-toerekeningsvatbaren verklaart. Bij beide neemt hij eenvoudig een schuldfictie. Is deze opvatting bij de rechtspersonen, gelijk wij boven zagen, een meer verdedigd standpunt, eene verklaring der aansprakelijkheid van niet-toerekeningsvatbaren op deze wijze is even gewaagd als nieuw. Als men zulke ficties aandurft, kan men alles verklaren. Dan kan men in een steen, in een rivier, waarin ook, schuld aannemen!

Hiernaast is er nu een element, waar JUNG zeer terecht weer op gewezen heeft en dat bij de overige schrijvers wel een weinig op den achtergrond geraakt was. Ik bedoel het idee, dat ook in het objectieve schuldelement doorschemert „das Masz des Gewöhnlichen und Ortsüblichen zoo als STEINBACH het noemt. Alle menschelijk handelen, merkt JUNG op, brengt gevaar met zich mede. Moet dit nu reeds tot schadevergoeding leiden? Neen, vindt JUNG; enkel die handeling die dit gevaar boven het gewone vermeerdert. De vraag is „ob dieses aktive Interesse eine Änderung hervorbringt in dem gewöhnlichen ohne es auch verhandenen Lauf der Kausalitäten, ob es besondere zu der bei allem menschlichen Thun vorhandenen Gefahr hinzutretende Verletzungswahrscheinlichkeiten mit sich bringt". Deze verbinding lijkt mij zeer gelukkig, en hierin ligt m. i. de eenige wijze om de door MERKEL en RÜMELIN te vergeefs gezochte afscheiding tusschen het schuldprincipe en eenig

ander, te kunnen vinden en af te meten naar een objectief criterium. Het zij mij vergund dit later verder uit te werken.

Hiermee neem ik afscheid van dit drietal schrijvers MERKEL, RÜMELIN, JUNG, wier ideeën zeer dicht bij elkaar staan en elkaar feitelijk aanvullen. Alle drie hebben ze groote verdienste in het aanwijzen der voornaamste hier werkende tendenzen, in het geven van een zuiver inzicht in de bestaande regelingen. Hierbij blijft het echter. Tot een gesloten systeem is geen hunner mogen komen en wij moeten ons — hoe ongaarne ook — scharen onder hen die als MAUCZKA bl. 5 vermeldt „ziemlich einstimmig diese Konstruktionen als verfehlt betrachten".

In het jaar 1897 is nu ook in Frankrijk een geschrift in deze richting verschenen nl. JOSSERAND „La responsabilité du fait des choses inanimees", terwijl deze achtereenvolgens in een drietal „Notes au DALLOZ (1900 2. 289, 1904 2. 257, 1905 2. 417) eenzelfde meening nader uiteenzet.

JOSSERAND dan, het blijkt reeds uit zijn titel, maakt hier eene aan de Duitschers geheel onbekende scheiding. Hij verdeelt nl. de verschillende gevallen van aansprakelijkheid in die voor (eigen) handelingen en die voor zaken. Met deze verdeeling, waartoe trouwens, gelijk wij zagen, de CODE zelve aanleiding geeft, laat hij dan samenvallen die van responsabilité subjective (faute) en responsabilité objective (du seul fait des choses), in tegenstelling met de eerste enkel légale. Hierbij blijft hij echter niet staan, doch zoekt ook naar den grond der wet, die deze „légale" aansprakelijkheid vaststelt. Deze ziet hij daarin, dat door het enkel gebruiken eener zaak men een risico creëert. Daaruit voortvloeiende schade komt dus ten laste van hem qui a dirigé la force dommageable et occasionné le préjudice souffert, en créant un risque dans son intérêt. Men ziet bij hem dus ook de nauwe verbinding van risico, gevaar met eigen belang. En in zoo verre zijn zijne opvattingen geheel in overeenstemming met de Duitsche uiteenzettingen, die wij zooeven zagen. Een systeem heeft JOSSERAND allerminst willen geven. Zijne meening is veeleer slechts

eene uitbreiding van het idee van het risque professionel, het bedrijfsrisico dat als grond speciaal voor de aansprakelijkheid van den werkgever tegenover werklieden een jaar tevoren (1896) door TARBOURIECH, La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, zoo goed was uiteengezet. Hoe prijzenswaardig en zuiver gezien nu ook de uitbreiding moge zijn, die JOSSERAND hieraan gegeven heeft, ook zijne opvatting is slechts een verdere trap. En in zooverre zijn de Duitschers hem voor, dat zij heel goed hebben ingezien dat dit beginsel niet enkel voor levenlooze zaken maar veel ruimer moet gelden. Ja MERKEL heeft juist de aansprakelijkheid voor een soort handelingen, de noodstandshandeiing tot het uitgangspunt voor zijn betoog aangaande de ruimere objectieve aansprakelijkheid gemaakt.

Behalve de later te bespreken veel verder gaande opvatting van SALEILLES heb ik echter in Frànkrijk geen enkele stem in deze richting kunnen vinden.

Ten onzent is naast de kritische beschouwingen, die LAND, Onrechtmatige Daad bl. 157—175 aan deze materie wijdt en die zich gootendeels richten tegen het nog te bespreken Bindingsche zuivere causaliteits-beginsel, de eenige schrijver over dit onderwerp geweest Mr. P. SCHOLTEN in zijne dissertatie: Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad. Terwijl hij aan den eenen kant eene uitvoerige behandeling wijdt aan de ten onzent geldende bepalingen in de verschillende van het schuldprincipe afwijkende gevallen, is aan den anderen kant zijn resultaat vrijwel negatief. Hij komt enkel tot eene samenneming der gevallen in twee groepen: 1e. de groep waar bewust en rechtmatig nadeel wordt toegebracht en 2e. waar de risico voor bepaalde personen of zaken op den aansprakelijke wordt gelegd. Deze verdeeling, op welke allicht de methode van ons B. W. evenveel invloed heeft gehad als de Code op den boven besproken JOSSERAND geeft ons natuurlijk voor ons onderzoek heel weinig. Ze treft het wezen der aansprakelijkheid niet, is enkel eene verdeeling naar uit-

wendige momenten en laat het „waarom" in onverzwakte mate bestaan. Toch heeft hij zeer terecht op het verband van sommige gevallen den nadruk gelegd. Zeer jammer is het echter — en met SIMONS bl. 10 meen ik dat dit wel wat verwarrend op zijn betoog heeft gewerkt — dat hij, en dit geldt in niet minder mate van ongeveer alle hiervoor genoemde schrijvers, het schuldprincipe zelf waarop hij telkens terugkomt, niet wat nader beziet. Licht had dit hem een verband doen vinden, waar hij het nu te vergeefs heeft gezocht. Nu is zijn werk echter enkel negatief gebleven; en het beste bewijs hiervan leveren wel de slotwoorden van zijn geschrift, als hij het de taak van het Recht noemt te zoeken, wie naar billijkheid met den schadelast moet worden bezwaard, wien ethische overtuigingen en sociaal-oecomische verhoudingen daartoe aanwijzen. Bescheiden zou ik willen vragen of het Recht dit testimonium paupertatis verdient! of er voor het Recht als wetenschap niet een hooger doel is dan enkel constateeren wat de billijkheid wil. Zou zijn doel als wetenschap niet meer zijn nategaan welke regelen deze „billijkheid" zelve beheerschen, en zoo mogelijk de algemeene beginselen te ontdekken, die zich uiten in de legislatieve toevalligheden?

Ons oordeel over al deze schrijvers kan dus wat hun positieve conclusies aangaat niet zeer gunstig heeten! Ligt het aan den aard van het onderwerp? Ik weet het niet — wat ons wel is gebleken, is dit, dat bijna allen wel eenig verband voelden tusschen de verschillende gevallen, doch dat zij, die een algemeen beginsel trachtten te geven naast het schuldprincipe, vrijwel zonder uitzondering gevallen zijn over de groote moeilijkheid van het trekken der grens tusschen deze beginselen iets wat immer uitteraard het groote struikelblok is, wanneer wij met twee gelijkwaardige beginselen te doen hebben, wier afscheiding niet in de beginselen zelf ligt, doch kunstmatig buiten de beginselen zelve om, getrokken moet worden.

Deze moeilijkheid is nu natuurlijk vermeden door hen,

die alles onder een beginsel hebben trachten te brengen.

II. En dan ontmoeten wij hier dadelijk de groote antipode van het schuldbeginsel het enkele causaliteitsbeginsel het Veranlassungsprinzip. Na hetgeen wij boven over dit woord gezegd hebben is dit beginsel duidelijk. De enkele causaliteit, het bloote veroorzaken is op zich zelf, onafhankelijk van eenigen verderen eisch, voldoende grond tot aansprakelijkstelling.

Men heeft deze leer der „Erfolghaftung" een van de groote grondbeginselen van het Germaansche recht genoemd. [1]) In den laatsten tijd is men hier echter aan gaan twijfelen. RÜMELIN Gründe bl. 27 en LINCKELMANN bl. 6 meenen — met hoeveel recht durf ik niet te beslissen — dat het gelden van dit principe in eenige gevallen, waar men het immer aantreft, nog geen reden is tot een algemeen gelden van dit principe te besluiten! RÜMELIN wijst er dan ook op, hoe een Germanist als HUBER heeft moeten erkennen dat er ook wel plaatsen zijn, die op eene andere opvatting wijzen. Hoe dit ook zij, in elk geval is het beroep op dit Germaansche beginsel van niet veel waarde, daar toch later bij de algemeene schadevergoedingsactie het schuldprincipe positief het enkele causaliteitsprincipe verdrongen heeft. Hoe verder dit beginsel door de meeste Natuurrechtelijke schrijvers en ook door vele latere verdedigd is, is te vinden bij MAUCZKA bl. 110 v. Daar dit vrijwel enkel historische waarde heeft, blijve het hier onvermeld.

De voornaamste en meest principieele verdediger is dan BINDING geweest in zijn bekend geschrift „die Normen und ihre Uebertretung" welk geschrift zich echter grootendeels op strafrechterlijk gebied beweegt en pas geheel op het eind eenige tientallen bladzijden aan dit onderwerp wijdt.

Als uitgangspunt kiest hij eene zeer ware praemisse, die dan ook overal erkend wordt, n.l. het verschil tusschen

[1]) HEUSLER Institutionen II bl. 262 v, zie no. 18 en 19 van GIERKE's Untersuchungen, BRUNNER II 124. Zie boven bij de aansprakelijkheid van kinderen en krankzinnigen.

straf en schadevergoeding. Trouwens zijn uitvoerige o. a. door SCHOLTEN bl. 83 vermelde uiteenzettingen over dit punt, zijn meer een ordening brengen in bestaande begrippen dan wel het geven van nieuwe. Immers al was het verschil niet zoo zuiver geformuleerd, het was algemeen aangenomen. Uit deze zuiver negatieve praemisse nu leidt BINDING de positieve gevoltrekking af, dat de gronden voor de schadevergoeding nu ook nimmer dezelfde kunnen zijn als die voor de straf. Algemeen [1]) wordt er op gewezen dat deze conclusie door niets gerechtvaardigd is. De eenige conclusie, die te trekken was uit deze praemisse, is dat de gronden niet dezelfde behoeven te zijn, meer niet. Dat schuld, enkel omdat het tot de gronden voor straf behoort, nu nimmer tot schadevergoeding zou kunnen leiden is al te gek. En bovendien gesteld nog dat deze conclusie aan te nemen was, moet men dan bij de enkele causaliteit te land komen? Mij dunkt, uit de korte bespreking van de vorige schrijvers moge gebleken zijn, dat er naast het subjectieve schuldprincipe nog meerdere objectieve beginselen gesteld kunnen worden dan het enkele causaliteitsbeginsel. Wil men nu enkel omdat deze beginselen ook objectief zijn ze meer of min enge causaliteitsprincipes noemen, het zij zoo, al lijkt het mij een misbruiken van dit woord. De enkele helaas maar te dikwijls gehoorde bewering dat een verwerpen van het schuldprincipe op het Bindingsche causaliteitsprincipe moet uitloopen [2]), is in alle geval fout. Deze fout maakt BINDING nu echter zelf evenzeer en het is dan ook geen wonder als RÜMELIN deze zoogenaamde logische deducties veeleer voor „offenbaren petitiones principii" uitmaakt.

De eenige werkelijke grond die BINDING bl. 441 voor zijn

[1]) Zie uitgebreid RÜMELIN bl. 4 v, SCHOLTEN bl. 86.

[2]) Zeer sterk aldus G. RÜMELIN in een in het Arch. civ. Pr. 1898 bl. 285 v. opgenomen rede, Culpahaftung und Causalhaftung. Evenzoo bv. SCHOLTEN als hij bl. 114 meent dat MERKEL's idee op de zuivere causaliteitleer van BINDING neerkomt.

meening geeft is het aphorisme: Was der Mensch schlimmes verursacht, mit oder ohne Schuld, musz er bessern. Hij vervolgt dan aldus: „Der Geschädigte ist noch viel unschuldiger als er”. Deze zeker ongelukkige woorden worden nu gebruikt [1]) om de verkeerdheid van BINDINGS beginsel aan te toonen. En men doet dit dan met de zuiver dialectische overweging dat er wel graden van schuld doch niet van onschuld zijn! Dit maakt op mij al heel weinig indruk. Het toont m. i. enkel aan dat BINDING hier een verkeerde woordenkeus gebruikte door het begrip onschuld er bij te halen waardoor hij op negatieven wijze juist weer op het begrip schuld weer neerkomt! — wat op zich zelf alweer bewijst hoe ook BINDING onwillekeurig het schuldbeginsel nog door het hoofd spookt! [2])

Neen de eenige wijze om de waarde van BINDING's beginsel te vinden, is toetsing aan de bestaande toestanden. En dan blijkt al heel spoedig hoe geheel onbruikbaar dit beginsel is! Het is bijna onnoodig hier nog op te wijzen. [3]) Men ziet in, dat iedere vrije con-

---

[1]) UNGER bl. 5 noot 6, SCHOLTEN bl. 87 met aanhalingen van PLANCK.

[2]) Voor de merkwaardigheid wil ik nog wijzen op een ook door SCHOLTEN overgenomen vergelijking van RÜMELIN, enkel om het gevaar ervan aan te toonen. RÜMELIN wijst er op dat, als de combinaties abx, abij en abz een speciaal gevolg gemeen hebben doch tevens bewezen is dat ab dit gevolg niet heeft, dat dan in de natuurwetenschappen de „Zurückführung auf einem einheitlichen Grund ausgeschlossen ist!” Is dit zoo? Ja, als bovendien bewezen is dat x, ij en z enkelvoudige factoren zijn! zoo spoedig deze echter op zich zelve weer samengesteld zijn (en waarom zou dit in het vergeleken wordend geval van de verschillende gronden der aansprakelijkheid niet het geval zijn!) en bv. een gemeenschappelijken factor n gemeen hebben, waarom zou dan abn niet de grond der aansprakelijkheid zijn en dus wel degelijk één einheitliche Grund bestaan? Het gebruiken van vergelijkingen als deze is voor de duidelijkheid van het betoog niet ondienstig. Allergevaarlijkst wordt het echter als men uit de ter vergelijking gebruikte zaak conclusies gaat trekken voor de hoofdzaak!

[3]) Men zie o a. UNGER bl. 131, RÜMELIN Gründe bl. 28, JUNG uitvoerig bl. 78 v., SCHOLTEN bl. 90.

currentie op deze wijze geheel onmogelijk wordt. Durch das Veranlassungsprinzip werd keines wegs die Entwicklung des Verkehres gedient, wohl aber die Bewegungsfreiheit des einzelnen übermäszig eingeschränkt. [1]) Dit alles is duidelijk en veroordeelt m. i. het BINDINGsche causaliteits-principe ten eenenmale.

Eene volgende algemeene samenvatting is gegeven door den oeconomist MATAJA in een bekend geschrift: Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888.

Na eene korte beschouwing der schuldtheorie en hare uitzonderingen geeft hij o. a. bij de aansprakelijkheid speciaal der groot-bedrijven een argument ten beste dat al is het zuiver oeconomisch hier m. i. zeer zuiver is en zeer veel gewicht in den schaal moet leggen en tevens voor groote uitbreiding vatbaar is. Het is n.l. dit, dat door eene niet vergenoeg gaande aansprakelijkheid het zeer goed mogelijk is, dat men tot eene „volkswirtschaftlich falsche Wertschatzung" komt, dat bedrijven, die in algemeenen zin schadelijk zijn, met winst kunnen gedreven worden ten koste van anderen. [2]) „Was in Wahrheit ein Passivum der Unternehmung ist, fällt nicht zu Lasten des Eigenthümers; sein Interesse ist jedoch maszgebend für die Inbetriebsetzung oder die Wahl der Kulturart". [3]) In het algemeen zóó zonder eenige restrictie is deze meening echter, hoe waar ook, niet van veel beteekenis. EYSSEL heeft dit in zijn kritiek in Themis 1889 zeer terecht aangetoond.

---

[1]) Protokolle d.b.Gb. (2e lezing) II bl. 569.

[2]) Men zie ook de boven bl. 122 genoemde uitdrukking van LOENING en verder RÜMELIN Gründe bl. 45: ....Deshalb sollen sie (die Unternehmungen) aber nicht geführt werden dürfen auf kosten der von den Betriebsgefahren betroffenen Einzelnen.

[3]) Terecht wijst MATAJA bl. 59 noot 3 er op, dat deze overwegingen, en dit geldt ook van de speciale theorieën van MERKEL e. a., evenzeer gelden bij iemand die b.v. voor zijn genoegen eene equipage houdt en daarmee door een drukke straat rijdt als voor den gewerbsmäszigen Unternehmer.

Immers wat zijn voordeelen, wat nadeelen van de instelling van eenig bedrijf? Moet een bedrijf, b.v. een spoorwegbedrijf, niet vergoeden de schade geleden door andere vervoerbedrijven wier bestaan onmogelijk wordt? Ook wat SCHOLTEN bl. 22 hier tegen inbrengt, is van weinig beteekenis. Het eenige, wat MATAJA's redeneering bewijst, is: hoe ruimer de aansprakelijkheid voor schade en daartegenover, het recht op onwillekeurige voordeelen, die men anderen geeft, hoe meer de werkelijk uit eenige handeling genoten voordeelen met de oeconomisch werkelijke overeenkomen. Op deze wijze wordt het dus enkel een argument voor iedere ruimere aansprakelijkheid.

Een volgende gedachte, die MATAJA dan uitvoerig bespreekt en die wij ook al meermalen o. a. bij de Ongevallenverzekering noemden, is de toepassing der zuiver oeconomische stelling — de grondslag van iedere verzekering — dat: „jeder Schaden wird seiner Gesammtwirkung nach, weniger empfindlich sein, wenn er verteilt wird, und musz dann am härtesten wirken, wenn er an einer einzigen Person haften bleibt. Het blijkt, dat dit idee natuurlijk enkel toepasselijk is bij personen die gelijk risico dragen en van wie dit te constateeren is. Wanneer MATAJA dan dit idee van de objective Ausgleichung wil uitbreiden en er eene zoo ruim mogelijke toepassing aan wil geven, eischt hij vrij wel onmogelijke dingen. Het blijkt uit zijn voorbeeld zelf. Hij wijst er op dat waar zooveel menschen met lucifers spelen zonder dat hun huis afbrandt, het wel hard is voor hen wier huis er toevallig wel bij afbrandt, dat ze alles alleen moeten dragen, en meent dan, dat men deze schade eigenlijk over alle met lucifers spelende menschen moest omslaan. Hoe nobel ook gedacht, is dit niet meer dan „ein völlig utopistischer „Gedanke", die men als „einen krankhaften zuruckzuweisen" heeft. [1]) Dat echter waar

[1]) Aldus terecht RÜMELIN Gründe bl. 7.

mogelijk deze idee der objective Ausgleichung zeer aan te bevelen is, moet toegegeven worden. Een algemeene toepassing is echter onmogelijk, terwijl dan bovendien nog de vraag blijft, in welke gevallen men dit princiep dat niet anders is als een wijze van schadeomslag moet toepassen. Een antwoord op de vraag naar den rechtsgrond der schadevergoeding zelve geeft het in het geheel niet.

De volgende algemeen geldende theorie is opgesteld door SJÖGREN: Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung in Iher. Jahrb. 1896. [1]) De duistere bewoordingen, en de ongewone beteekenis die hij aan meerdere woorden geeft [2]) maken het niet gemakkelijk zijne bedoeling in haar vollen omvang te begrijpen.

SJÖGREN's uitgangspunt is een dergelijke petitio principii als wij bij BINDING aantroffen en welke wij trouwens aan het begin van dit hoofdstuk reeds uitvoeriger bespraken. Een direct gevolg van deze vooropstelling dat n.l. alle aansprakelijkheid tot één grond moet kunnen worden teruggevoerd is dan dit, dat SJÖGREN, zoodra hij ziet dat er naast de schuld nog andere oorzaken voor schadevergoeding zijn, de schuld enkel maar aanziet als symptomatisch moment d. w. z. als een van de wijzen waarop de werkelijke grond zich uit en evenzoo de overige oorzaken die hij tracht aan te geven. Deze hebben dus alle den werkelijken rechtsgrond (d. i. het charakteristische moment) [3]) gemeen.

---

1) Men zie o.a. SCHOLTEN bl. 92v.

2) Voorbeelden bij RÜMELIN Gründe bl. 30.

3) Hierna geeft SJÖGREN een lange beschouwing over het verschil tusschen civiel- en strafrechtelijk onrecht, vooral op de vraag of er schuldloses Unrecht bestaat. Ook STRUYCKEN gaat hier in zijne dissertatie zeer op in. Hoewel deze vraag voor mijn onderzoek geen direct belang heeft, wil ik er toch een paar woorden aan wijden. M.i. is de vraag naar dit bestaan eenvoudig terug te voeren tot de vraag: is er naast schuld nog een andere reden tot schadevergoeding. Neemt men dit aan en vat men dan tevens „onrechtmatig" als „vergoedingplichtig" op en dus „onrecht" als „vergoeding eischende ver-

Als werkelijken grond noemt hij dan de Causalität der That im menschlichen Willen. De daad moet dus terug te voeren zijn tot iemands wil. Voor de gevallen waar schuld de grond is gaat dit goed en blijft SJÖGREN geheel in de terminologie van JHERING. SJÖGREN spreekt in die gevallen van de wil als causa efficiens als voorafgaande tot dat gevolg leidende oorzaak. Hier is niets op aan te merken. Anders wordt het echter waar in de betrekkelijke wetten niet de schuld als grond voor de schadevergoeding gevonden wordt. Ook in die gevallen wil SJÖGREN nog een „Causalität im menschlichen willen" zien n.l. in dezen zin, dat hier de wil wat hij noemt causa finalis is, waarmee hij, als blijkt, bedoelt, dat de schade terug te brengen is tot een daad die oorspronkelijk wel gewild was, waarbij dan de schade een noodzakelijk vergezeller is van die daad. Hier wordt dus de wil al in een heel gekken zin in verband gebracht met de schade. Immers de werkelijke wil (wat SJÖGREN de causa efficiens noemt) is er allicht juist op gericht om de schade niet te doen plaats hebben en is dus lijnrecht tegenover gesteld! Men denke bv. aan ontploffingen van stoomketels, aansprakelijkheid voor schuld van werklieden. Merkwaardig is dat SJÖGREN zelf ook zijn eigen gekunsteld systeem wel eens verlaat en met betere verklaringen aankomt. Zoo b.v. bl. 409, als hij verklaart: „In der That ist jedoch die Wirksamheit eine Einheit die die Nebenwirkungen mit umfaszt. Eine solche Nebenwirkungen ist der Schaden, der durch eine im Interessen einer bestimmten Person stattfindende Wirksamkeit anderer verursacht wierd." Om dan weer op zijn beginsel terecht te komen ziet hij in het „Interesse" een „Erkenntniszmittel wodurch wir die Causa der Wirksamkeit (d. i. weer de wil) bestimmen können"! Dat de wil hier geheel tot fictie

---

mogensbenadeeling," dan neemt men vanzelve ook het bestaan van schuldloses Unrecht aan. Deze quaestie zelve heeft m.i. dan ook enkel belang als conclusie en consequentie van een dieper liggend vraagstuk.

wordt is niet te ontkennen, zoodat men zijn waarde als rechtsgrond licht kan bevroeden.

Nog merkwaardiger wordt zijne redeneering bij kinderen en krankzinnigen. Ook hier waar van geen wil als „causa efficiens" sprake kan zijn, moet maar weer de „causa finalis" alles dekken. En dan komt hij ook weer met zichzelf in strijd. Immers bl. 422 eischt hij ook daar, waar hij de wil als „causa finalis" beschouwt (het is bij de aansprakelijkheid van den „Geschäftsherr") consequent toerekeningsvatbaarheid in dezen persoon! Doch deze vervalt weer bij de kinderen en de krankzinnigen. Hoe hij dan dezer aansprakelijkheid verder verklaart, is boven reeds als curiosum vermeld.

Op deze wijze kan men alles wel tot iemands wil terugvoeren! Zou Rümelin te veel zeggen als hij in deze theorie „ein künstlich construirtes Oberbegriff" ziet, „unter den sehr heterogene Dinge subsumirt werden". Teekenend zijn in elk geval de laatste woorden die hij er aan wijdt: „Freilich dürfte es, namentlich bei der zu Grunde gelegten Philosophie, nicht immer blos die Ausdrucksweise sein, die an Klarheit zu wünschen übrig läst.

Een volgend schrijver, dien ik volledigheidshalve hier bespreken wil, is de Franschman Saleilles „Les accidents de travail et la responsabilité civile 1897" [1]), welke schrijver nu den stap gedaan heeft, dien wij Josserand slechts ten deele zagen doen: nl. de uitbreiding van het risico-idee niet enkel tot zaken maar feitelijk tot alles: „Le risque est pour celui qui s'est approprié le fait: rapport de causalité directe ou d'appropriation personnelle substituée à l'idée de faute subjective.

Duidelijk zegt hij bl. 86: Vivre et agir c'est prendre des initiatives, faire la part du hasard et accepter des responsabilités. Nu maakt hij evenwel op dezen regel twee uitzonderingen. In de eerste plaats onderscheidt hij tusschen een directe en indirecte, secondaire oorzaak — een onderscheid

---

[1]) Ook over dezen schrijver zie men Scholten bl. 96.

dat wij het eerst bij hem aantreffen en dat hij ons bezwaarlijk zuiver zou kunnen uiteenzetten! Hij probeert het dan ook maar niet en geeft enkel eenige voorbeelden. Het groote verschil is nu, dat hij bij de gevallen van indirecte oorzaak behalve eene handeling, die hij altijd eischt en welk begrip hij zeer eng opvat, ook nog imprudence eischt, terwijl bij directe veroorzaking hij eene enkele handeling voldoende vindt. Hiernaast, en dit maakt zijn theorie niet sterker, geeft hij aan den handelenden persoon, die anders door het enkele feit der handeling mede de risico ervan op zich zou nemen, nog de mogelijkheid om door „un surcroît de garanties qui ne sont pas dans les usages ordinaires" weer het risico van zich af te wentelen. Dat hij aldus weer geheel tot het schuldprincipe terug zou keeren, gelijk SCHOLTEN beweert, lijkt mij wel wat te sterk. Een bewijs van gemis aan een zuiver beginsel is het daarentegen wel.

Bovendien geeft hij aan den aansprakelijken persoon enkel een exceptief bewijs van force majeure ou cas fortuit, in hunne positieve beteekenis die wij boven hebben besproken.

Hiermee wil ik van hem afstappen. Theoretische waarde heeft hij niet: het is meer een spitsvondig uitleggen der codeartikelen en een laten werken van zijn billijkheidsgevoel, gelijk SCHOLTEN terecht opmerkt.

De laatste schrijver die ik hier behandelen wil is MAUCZKA, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes auszerhalb bestehender Schuldverhältnisse 1904, een zeer theoretisch en breed opgezet werk dat, direct steunend op MERKEL's ideeën, aan deze de waarde geeft, die zij verdienen.

Hij heeft de conclusies zijner redevoeringen neergelegd in een aantal Kollisionsnormen, waarvan de eerste „Höheren Interessen müssen minderwertigen weichen" de veralgemeening is van wat MERKEL omtrent de noodstandshandeling uiteenzette. Reeds v. BLUME wees er in zijn critiek van MERKEL's geschrift op: „Das gesammte Recht stellt nur den Ausgleich widerstreitender Interessen dar." Niet enkel bij de noodstandshandeling worden anderer belangen be-

nadeeld. Enkel valt het daarbij meer in het oog. Er is namelijk geene handeling te bedenken, hoe zorgvuldig ook gepleegd, of ze heeft eenige benadeeling van anderer belangen ten gevolge. Zoo spoedig nu het door de handeling bevorderde belang in maatschappelijken zin hooger waarde heeft dan het noodwendig benadeelde; dan is de handeling geoorloofd. Deze op zichzelf zeer juiste beschouwing voert dus naar de vraag: wat is het objectief hooger belang. MAUCZKA voelt zeer goed de moeilijkheid hiervan en wil dan ook, zoo mogelijk, ingrijpen der wet. Tevens geeft hij echter zelf een reeks die uit 14 groepen telkens van minder waarde bestaat. Het is wel de moeite waard deze nader te bezien om de onmogelijkheid eener dusdanige algemeene schatting te begrijpen [1]). MAUCZKA moet zelf dan ook wel erkennen, dat de onzekerheid der groepeering in het oog springt. De rechter zal het in ieder geval moeten uitmaken; enkel sommige gevallen, die zich veel op gelijke wijze voordoen, zullen door den wetgever kunnen worden geregeld.

Het is nu de groote verdienste van MAUCZKA geheel afgescheiden van deze vraag over de al of niet geoorloofdheid de vraag naar de schadevergoeding te behandelen.

De 3e door hem opgestelde „Kollisionsnorm" luidt dan: „Die Verletzung fremder rechtmäsziger Interessen macht haftbar." De vraag, die gelijk ik opmerkte door MERKEL was genegligeerd, nl. wat hier „rechtmässig" beteekent, is nu door MAUCZKA uitvoerig behandeld. Eene positieve definitie geeft hij niet, doch hij omlijnt negatief dit begrip door eene omschrijving te geven der niet rechtmäszige Interessen, welke hij dan weer verdeelt in unrecht-

---

[1]) bl. 200 v. Zoo luidt b.v. de 5e Schwere Gefährdung des Lebens 6 Freiheit, 7 Unversehrtheit des Körpers, 8 geringe Gefährdungen des Lebens, b.v. verder: 11 objektiv bedeutendes Vermögen, 12 Bewegungsfreiheit, 13 Unversehrtheit des Körpers bei unbedeutender Verlust an Körpersubstanz, 14 Objektiv nicht bedeutendes Vermögen.

mäszige Interessen en schutzunwürdige. Unrechtmäszige zijn nu die belangen welke niet anders dan door krenking of in direct gevaar brengen van anderer hoogere belangen kunnen worden behartigd, of die belangen welke op een zoodanige wijze behartigd worden, dat anderer belangen er onnoodig door gekrenkt of in gevaar gebracht worden. In deze laatste helft dezer definitie komt als men ziet de schuldidee, althans in objectieven zin, weer boven! Daarnaast noemt hij als schutzunwürdige Interessen die welke de maatschappij niet erkent, allerlei gevoelsinteressen enz. Uitgezonderd deze gevallen is dus iedere benadeeling van iemands belangen te vergoeden, onafhankelijk van eenige eisch in den benadeelaar.

MAUCZKA zelf voelt echter wel, dat deze 3e Kollisionsnorm in haar algemeenen vorm te ruim is, en hij geeft daarom is de 4e een restrictie welke luidt: „Die Haftung fällt weg, wenn sie die Betätigung eines höheren Interesses unmöglich machen oder doch ungebührlich beschränken würde, vorausgesetzt, dasz die generelle Betätigung des gefährdeten Interesses durch die Möglichkeit ersatzfreier Verletzung nicht in gleichem Masze leidet. Het wil mij voorkomen dat MAUCZKA in deze omlijning der natuurlijke bewegingsvrijheid evenmin geslaagd is als MERKEL en RÜMELIN. Zelf noemt hij het „kein völlig befriedigende Regelung" — het kan hoogstens een leiddraad aan den wetgever zijn, die dan nog al deze gevallen na nauwkeurig onderzoek een voor een zou moeten enumereeren! Immers een direct bruikbare norm is het in het geheel niet. Bovendien, blijft in deze gevallen altijd schadevergoeding uit? Dit vindt MAUCZKA toch ook wel wat gek en decreteert daarom (bl. 103): Das Vorliegen einer Schuld besitzt blosz die Bedeutung dasz daraus vorgeht das bestimmte Gegengründe gegen die Haftung (vor allem Schutz der Bewegungsfreiheit) nicht vorhanden sind. Waar haalt hij dit vandaan? Hier geldt, al maskeert hij het, dus eigenlijk weer het zuivere schuldprincipe, dat hij verder als grond van aansprakelijkheid geheel

negligeert! Het wil mij toeschijnen, en het moge uit deze korte uiteenzettingen blijken, dat aan het werk van MAUCZKA zeer weinig theoretisch opbouwende werking moet worden toegekend. [1]) Dat zijn werk overigens een schat van feiten en over allerlei detailonderwerpen, vooral van Oostenrijksch recht uitvoerige en heldere betoogen bevat, wil ik hiermee allerminst ontkennen.

Wij moeten dus aan hen, die bij deze materie een algemeen geldend principe hebben trachten op te stellen, hoe ongaarne ook, nog minder waarde toekennen dan aan de eerste groep schrijvers! Moet dit ons nu doen wanhopen en gelooven aan de onmogelijkheid ervan? Het lijkt mij veeleer uit de vele pogingen, die wij onderzochten, dat bijna allen intuitief voelden, dat er althans eenig verband bestaat tusschen de in de praktijk voorkomende gevallen van aansprakelijkheid. Moge dit vooral ook blijken uit mijne volgende uiteenzettingen.

---

[1]) Merkwaardig bv. is ook zijne behandeling van de vraag der Causaliteit. De 5e Kollisionsnorm luidt: Wer die letzte Ursache zu einer Verletzung eines anderen gesetzt hat, haftet nicht, wenn diese Ursache nicht die juristisch maszgebende Ursache der Verletzung ist". Aan dit begrip wijdt hij alles te zamen nauwelijks twee bladzijden bl. 169 v. Hij geeft een paar voorbeelden, doch hier mee houdt het op. Een eenigszins theoretische beschouwing over dit punt van algemeenen strijd mist men geheel bij hem!

HOOFDSTUK IV.

Conclusie.

In dit laatste hoofdstuk wil ik nu trachten, steunend op den boven verkregen, feitelijken grondslag en gebruik makend van de algemeene beginselen, die anderen hier reeds meenden te ontdekken, na te gaan in hoeverre wij tot eenig positief resultaat, hoe gering dan ook, kunnen geraken.

Hiertoe dien ik echter te beginnen met eenige conclusies te trekken uit ons betoog over het schuldprincipe zelve, dat in vroegere tijden hier universeel gold, althans geacht werd te gelden, en dat ook in latere tijden, gelijk wij zagen, nog zoo dikwijls als den eenigen werkelijken rechtsgrond der schadevergoeding werd aangezien. En voornamelijk wil ik hier bespreken de subjectieve elementen van dit principe, het objectieve volge later.

Om de beteekenis en de waarde van het schuldprincipe goed te begrijpen is het noodwendig op te klimmen tot de ratio van dit beginsel als grond voor schadevergoeding. Het is duidelijk, dat deze ratio ligt in het feit, dat iemand die schuld heeft, niet heeft gehandeld zooals het behoorde terwijl hem dit te wijten is. Hij had beter kunnen en

moeten handelen; nu hij het echter niet gedaan heeft, is het niet meer dan billijk, dat hij zelf ook de kwade gevolgen zijner onbehoorlijke daad draagt. Moreele toerekenbaarheid, dit is de zuivere grond van het schuldprincipe. Hierom is het zulk een „einleuchendes, Haftungsprinzip", en „ecn eisch der ethiek". Voordat ik nu aan de hand onzer voorgaande onderzoekingen naga, in hoeverre dit tot zijn recht is gekomen, wil ik eerst wijzen op eene niet te ontkomen onzuiverheid, waartoe noodwendig altijd het schuldprincipe als grond voor schadevergoeding, in zijne toepassing moet leiden.

Immers wat is het geval. Indien men werkelijk iemand tot schadevergoeding wil verplichten, omdat hem iets te wijten is, dan ligt het in den aard der zaak dat men hem dan ook al naar gelang van de zwaarte der te wijten zaak, tot meer of minder schadevergoeding verplicht. Consequent staand op het schuldprincipe is het niet zuiver om iemand, die door eene zeer kleine onvoorzichtigheid een spiegelruit verbrijzelt, evenveel schadevergoeding te laten betalen als hem die er opzettelijk een inslaat. Meerderen hebben dit gevoeld. Ja volgens JHERING was het idee van het „Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadenersatz," dat z. i. door de nieuwere jurisprudentie in zijnen tijd vrijwel geheel voorbijgezien werd, een van de „Grundgedanken" van de Romeinsche jurisprudentie [1]. Merkwaardig is, dat reeds 19 jaar later STEINBACH het eene „Rechtsüberzeugung grosser Kreise" noemt. [2] Eene wettelijke uiting heeft het beginsel enkel gevonden in art. 51 Schw Obl. R. waar den rechter de vrije hand wordt gelaten het bedrag der schadevergoeding te bepalen „in Würdigung sowohl der Umstande als der Grosze der Verschuldung."

---

[1]) Bl. 55.

[2]) Bl. 74. Men zie o. a.: PFAFF bl. 101v, UNGER bl. 2 noot 3. Er tegen BINDING bl. 448, SJÖGREN bl. 411; ook in het d.b Gb. heeft men eene dusdanige bepaling niet willen opnemen. v. LISZT bl. 110, WEYL bl. 539.

Toch, al hangt men dit beginsel aan, en past men het zoo consequent mogelijk toe — wat toch altijd slechts binnen enge grenzen geschieden kan — dan nog ondervangt men de mogelijkheid slechts ten deele. Wel kan men dan in ieder speciaal geval bij eene lichtere schuld de schadevergoeding verminderen, doch aan de ongelijke hoogte der vergoeding die er dikwijls in zeer sterke mate bestaan blijft bij een gelijken graad van schuld in twee verschillende gevallen, is op deze wijze niet te ontkomen. Zoolang men niet enkel naar de mate der schuld de schadevergoeding kan afmeten, maar ook de hoogte der toegebrachte schade, die van allerlei andere omstandigheden afhangt in aanmerking moet nemen — en dat zal men toch bij het berekenen der schadevergoeding immer moeten blijven doen! — blijft de toestand persé onzuiver. Wilde men zuiver het schuldprincipe in zijne consequenties doorvoeren, dan moest men alle bijkomstige elementen in de schadevergoedingsberekening geheel laten vallen en haar enkel afmetennaar de mate der schuld, wat toch wel niemand zou willen. Men zou aldus komen tot algeheele gelijkstelling van schadevergoeding en straf, althans privaatstraf, de Germaansche Busze. [1])

Merkwaardig strookt met deze conclusie het feit dat de eerste verbinding van de schuldidee met de schadevergoedingsquaestie, de lex Aquilia van strafrechtelijken oorsprong is, een feit waarop in dit verband niet genoeg de aandacht kan gevestigd worden.

Het is weer v. Jhering die hier uitvoerig op gewezen heeft. Niet enkel trouwens bij de lex Aquilia gold dit; in meerdere, later zuivere contractacties vinden wij een ge-

---

[1]) Hiervoor verwijs ik verder naar de reeds aangehaalde zoo dikwijls geprezen beschouwing van Binding over het verschil tusschen straf en schadevergoeding. Een bewijs, dat in tegenstelling met straf bij schadevergoeding de toerekenbaarheid zelfs niet een essentiale vormt, is wel het ook door Binding bl. 286 genoemde feit dat bij schadevergoeding ons rechtsgevoel voldaan is ook als een geheel niet er bij betrokken derde de schade vergoedt.

heel analoge ontwikkeling. [1]) Wat de lex Aquilia aangaat, zij het mij vergund hier op eenige sterk sprekende feiten te wijzen. In de eerste plaats de verdubbeling der schadevergoeding bij ontkenning (adversus inficiantem in duplum actio l. 2 § 1 D. 9. 2.). Verder dat meerdere mededaders ieder voor het geheel aansprakelijk waren (nam ex lege Aquilia quod alius praestitit aluim non relevat, cum sit poena l 11, § 1 D. 9. 2.) [2]) en dat de actie niet tegen de rechtsverkrijgenden van den schadetoebrenger in te stellen was (sed in heredem vel caeteros haec actio non dabitur cum sit poenalis (l 23 § 8 D. 9. 2). [3]) De niet aansprakelijkstelling van den in noodstand handelenden persoon is ook een bewijs voor de zuivere doorvoering van het strafrechtelijk schuldprincipe. [4]) Evenzoo de ruime toepassing van het boven vermelde beginsel van het evenwicht tusschen schuld en schadevergoeding.

Aldus dan was de toestand in de Justiniaansche periode. En nu is het merkwaardig te zien hoe dit proces, dit immerdoor terugwijken der strafrechtelijke idee, gestadig voortgang vindt, zooals het ook voor dien tijd reeds had plaats gevonden. „Die Geschichte der Strafe ist ein fortwährendes Absterben derselben", is JHERINGS conclusie bij dit onderwerp — een conclusie die m. i. niets anders is dan een speciale uitingsvorm van de boven al meer ontdekte tendenz der rechtsgeschiedenis om de subjectieve momenten te laten vervallen of ze door objec-

---

[1]) Zie JHERING bl. 24v.

[2]) Bij de niet strafrechtelijke „cautio damni infecti" waren medeeigenaars slechts „pro parte" aansprakelijk (l. 40 § 3 D 39.2).

[3]) Men zie JHERING bl. 39v. Verder over dit onderwerp uitvoerig DERNBURG II bl. 344, UNGER bl. 24 met aanhaling der volgende plaatsen: GAJUS III § 211: „itaque impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit; l 30 § 3 D 9.2: in hac actione dolus et culpa punitur. Zie verder SAVIGNY System § 211 v. THORBECKE bl. 23, AUBIN bl. 16 v.

[4]) Men zie b.v. l. 29 § 3, l. 49. § 1 D 9.2; UNGER bl. 24 v. Nog een curieus bewijs levert BINDING bl. 454 met aanhaling van een aantal bronnen waar bij insolventie de schadetoebrenger een pak slaag kreeg of, als 't erg was, gegeeseld werd.

tieve te vervangen — natuurlijk in civilibus. Moge deze tendenz nu bij ons onderwerp vooral tot klaarheid geraken.

Zoo zien wij reeds in het kanonische recht den erfgenaam wel aansprakelijk gesteld voor schade door den erflater toegebracht [1]) — een overwinning van het objectieve idee der te herstellen vermogensongelijkheid over de zuiver subjectieve persoonlijke toerekenbaarheid. Zoo is in alle tegenwoordige rechtssysteemen de aansprakelijkheid van alle mededaders voor het geheel vervallen, en is het niet meer een vierdubbel voordeel voor den benadeelde als vier personen in plaats van één hem schade hebben toegebracht, doch veeleer louter voordeel voor den schadetoebrenger indien hij met meerderen was. Toch blijft de mate zijner subjectieve schuld even groot — de objectieve vermogensactie is echter reeds voldaan met herstel van het geleden nadeel. Niet anders is het gegaan met de verdubbeling der schadevergoeding bij ontkenning, terwijl soortgelijke invloeden zich in den laatsten tijd weer tegen het in verhouding brengen van schuld en schade hebben verzet. [2]) Alle even zoovele bewijzen van het veldwinnen der objectieve idee, die, langzaam voortschrijdend, op het gebied van het civielrecht zich de heerschappij gaat verzekeren. [3])

---

[1]) Zie o.a. JHERING bl. 44.

[2]) Zoo ziet bv. WEIJL in deze richting bij het vaststellen van het d.b.Gb. den Zug des modernen Rechts, Verschulden und Schadenversatz aufs strengste von einander zu trennen. (bl. 539).

Toch hoop ik aan te toonen, dat hier ook nog andere objectieve elementen in het spel zijn.

[3]) Met klem wijs ik op de in een noot (bl. 38 noot 73) verscholen profetische woorden van JHERING, den grooten verdediger, juist van het subjectieve schuldprincipe, waar hij aangaande de culpa in contrahendo verklaart, dat zijn subjectieve theorie „gewiss durch eine weitere objectivere ersetzt werden (soll);" en waar hij aan toevoegt: Dasselbe gilt von einer Menge von Fällen wo die Römischen Juristen eine Culpa annahmen — es sind Bestimmungen objectiver Art, gewaltsam in die subjective Form gezwängt, die erst die

Indien wij ons hiernaast de vele en veel beteekende boven behandelde gevallen voor den geest roepen, waar van iedere subjectieve persoonlijke toerekenbaarheid principieel afstand gedaan is, waar het schuldprincipe als rechtsgrond der schadevergoeding geheel over boord geworpen is, moeten wij dan niet veeleer het idee krijgen dat het juist het schuldprincipe is dat zich voordoet als „eine Ruïne des älteren Rechtssystems, die in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberragt" — om de woorden van UNGER in lijnrecht tegengestelden zin te gebruiken. [1])

Ja een ruïne, althans wat de subjectieve elementen aangaat. Immers met de boven gemelde feiten is het sloopingswerk aan dit beginsel nog niet afgeloopen! Het zij mij vergund hier te wijzen op de in het eerste hoofdstuk reeds uitvoerig behandelde principieele inbreuken, ja verwerpingen dier subjectieve elementen zelve.

Wat om te beginnen het element der subjectieve toerekenbaarheid aangaat, wil ik twee feiten in de herinnering terugroepen. Allereerst hoe de aanneming van het objectieve gemiddelde normaaltype tevens leidt tot het

---

fortschreitende Wissenschaft von dieser engen Form ablösen wird. Is de sprong zoo groot om „eine Menge von Fällen" door „überall" te vervangen? Ik hoop aan te toonen van niet.

[1]) Bl. 138 naar aanleiding van de aansprakelijkstelling van niet toerekeningsvatbaren.

Het zij vergund hier een paar voorbeelden te geven hoe deze schuldeisch ook in zijn tegenwoordigen vorm nog velen aan het strafrecht herinnert. Men zie bv. HINDENBURG Rev. Crit. 1901 bl. 340: Le paiement des dommages-intérêts est une peine qui ne peut pas s'éléver au delà de la préjudice causée. Verdere voorbeelden bij MATAJA bl. 120 v. en MERKEL 112 v die o.a. zeer terecht opmerkt dat „die Civilrechtswissenschaft sich nicht in zureichendem Masze vom Einflusz spezische strafrechtlicher Gesichtspunckte emanzipirt hat" Het feit dat twee bekende criminalisten als v. LISZT en SIMONS zich met dit onderwerp hebben bezig gehouden, is ook niet zonder beteekenis; vergelijk ook SIMONS bl. 12 v.

eischen eener objectieve toerekenbaarheid, waardoor dikwijls personen tot schadevergoeding veroordeeld kunnen worden, zonder dat men hun persoonlijk de schade kan toerekenen. Hiernaast wees ik er op hoe, terwijl dus feitelijk onbewust immer een objectieve toerekenbaarheid voor de subjectieve in de plaats werd gesteld, pas in den laatsten tijd men zich hiervan is bewust geworden en is aan komen dragen met objectieve causaliteitstheoriën, waarvoor men absolute geldigheid dus ook naast het schuldprincipe eischt, zonder ook maar een woord te wijden aan de principieele inbreuk die men hiermede op het schuldprincipe maakt. [1])

Meer intact heeft zich weten te bewaren het andere subjectieve element, de toerekeningsvatbaarheid. Toch is ook dit element van verschillende zijden aangevallen. Ik wees boven op den invloed, die ook, en vooral hier, de aanneming van het normaaltype, het objectieve schuldelement, gehad heeft, hoe dit feit de principieele waarde van de scheiding tusschen toerekeningsvatbaarheid en niet-toerekeningsvatbaarheid — indien eene scheiding tusschen aanvullende grensbegrippen ooit principieele waarde hebben kan — geheel heeft doen verloren gaan; hiernaast heb ik een korte opsomming gegeven van de Germaansche rechtssysteemen, die, hoe dan ook in exceptieven vorm en achteraf gezet, toch vrijwel alle eene principieele aansprakelijkstelling van kinderen en krankzinnigen bevatten, en van de sporen die zich ook in andere rechtssysteemen van deze opvatting vertoonen. Trouwens na het verlaten der subjectieve toerekenbaarheid is de eisch van toerekeningsvatbaarheid feitelijk even overbodig geworden! Immers waarom zou men nog in eenig persoon in het algemeen vatbaarheid voor toerekening eischen waar men van de subjectieve toerekening zelve afstand heeft gedaan?

Men zal mij toegeven dat dit beeld van de subjectieve elementen van het schuldprincipe in zijn huidigen vorm,

---

[1]) Men zie bv. SCHOLTEN R. M. 1902. bl. 423 v.

weinig aanlokkelijk is! Toch is het m. i. natuurgetrouw. Wat is nu onze conclusie hieruit. Het kan naar mijne meening geen andere zijn dan deze, dat wij hier staan tegenover een onvoltooid wordingsproces, een proces bestaand in het langzaam afsterven der subjectieve elementen in het schadevergoedingsrecht, waarvan het eind ontwijfelbaar zijn zal: de baseering der schadevergoedingsactie enkel op objectieve momenten. Dat dit proces zijn gang gaat, onafhankelijk van toevallige rechtssysteemen en beginselen, en ondanks de velen, die zich tegen deze gestadige afwending van het zuivere schuldprincipe trachten te verzetten, dit alles versterkt ons slechts in ons geloof aan de macht der objectieve idee!

Pas indien dit einddoel bereikt is, kan men met recht zeggen dat de schadevergoedingsactie „alles Persönliche was an Strafe erinnert, fallen lässt und sich rein auf den vermögensrechtlichen Zweck beschränkt" en dat „die Idee der Strafe der des Schadensersatzes — en dan volkomen — erlegen ist." [1])

Ik ben er mij van bewust dat deze eisch lijnrecht tegen de grondbeginselen der Code en hare dochteren ingaat: een argument tegen de waarde van het boven geformuleerde einddoel is dit echter geenszins, hoogstens tegen de kans op spoedige verwezenlijking ervan. Uit een legislatief oogpunt is mijne voorstelling dus toekomstmuziek. Dat echter de tijden voor haar nog niet rijp zouden zijn, ontken ik ten stelligste. Ik wil hiervoor wijzen op het vergevorderde stadium waarin, gelijk boven geschetst, dit afstervingsproces reeds verkeert, en zou verder in gemoede de vraag willen stellen, wat reeds nu, afgescheiden van principieele overwegingen, ons „natuurlijk rechtsgevoel" en de „billijkheid" ons ten antwoord geven op de vraag, wie de schade moet dragen als een kind of een krankzinnige op eene tegen de verkeersopvattingen

---

[1]) JHERING bl. 61 v.

ingaande wijze iemand anders schade toevoegt, bv. eene ruit inslaat!

Ik voorzie de tegenwerping, dat het dan toch wel merkwaardig is, dat het schuldprincipe — althans de eisch der toerekeningsvatbaarheid — zich zóó lang en nog immer zóó krachtig heeft weten staande te houden, terwijl de overige subjectieve elementen terecht in den loop der tijden verdwenen zijn. Dit allerminst door mij te ontkennen feit is m. i. een van de meest kwade gevolgen van de boven reeds bejammerde negligeering van het schuldbegrip zelve van civilistische zijde. Immers een gevolg hiervan was, dat men zich allerminst bewust was van de zoo verschillende elementen, die dit begrip in civielrechtelijken zin omvat, dat men niet inzag met welk een complexbegrip men te doen had, iets wat ik boven in den breede heb trachten uit een te zetten. Dit vooropgesteld, is het nu naar mijne meening enkel aan de groote, boven gebleken, waarde van het objectieve element van het civielrechtelijk schuldbegrip te danken, dat het schuldprincipe zich al die jaren zoo hecht en sterk betoond heeft. En dat terwijl dit element toch eigenlijk niet tot het zuivere schuldbegrip behoort, veeleer er principieel mee in strijd is! Het is dan ook geenszins mijn plan ook dit objectieve element, de eisch dat de handeling zelve op eene tegen de verkeersopvattingen ingaande wijze gepleegd is, tevens te laten vallen! [1]) Enkel de subjectieve elementen, dus nu feitelijk alleen de eisch van toerekeningsvatbaarheid wil ik principieel laten vallen.

Het is begrijpelijk dat tevens het negatieve complement

---

[1]) Immers deed ik dit, dan zou ik zuiver terecht komen op het boven verworpen BINDINGSCHE enkele causaliteitsprincipe. M.i. is BINDING zelf dan ook een mooi voorbeeld van de gewraakte negligeering van het schuldprincipe. Hiernaast moet echter erkend worden, dat er speciaal wat het objectieve element aangaat, bij den „criminalist" BINDING andere verontschuldigingen bestaan; zie boven bl. 31 over v. LISZT en SIMONS.

der aansprakelijkheid voor schuld — het beginsel der niet-aansprakelijkheid voor toeval, „casum sentit dominus", ook vervalt. Boven zagen wij reeds welke heterogeene gevallen onder dit verzamelwoord casus, niet-toerekenbare gebeurtenis, werden saamgebracht; ik wil dan ook geenszins ontkennen, dat er wel altijd een terrein zal blijven, waar deze regel van kracht zal blijven, n l. bij schade veroorzaakt door iets, wat geen vermogenssubject of object is. Ik denk hier b.v. aan schade door hagel, aardbeving, wilde dieren enz. toegebracht. Het is begrijpelijk, dat hier, waar een aansprakelijk te stellen persoon ten eenenmale ontbreekt, de eigenaar der beschadigde zaak de eenige is, die de schade kan en dus moet dragen. Er zijn echter nog meerdere verschillen, die trouwens hiermee min of meer samenhangen. Zoo wijst MAUCKZA bl. 33 er te recht op, dat men tegenover die niet-vermogenssubjecten en objecten veel verder mag gaan in zijne preventieve maatregelen — natuurlijk voorzoover mogelijk! Zoo mag men b. v. wilde dieren, die ons goed vernielen, gerustelijk doodschieten, ja zelfs mag men dit doen lang voordat deze dieren eenige werkelijke schade hebben toegebracht. Dat men daarentegen met jongens, zelfs wanneer ze appels stelen, heel wat zachtzinniger moet omgaan, is begrijpelijk. Wil men dus nu nog een scheiding maken tusschen de gevallen waar schadevergoeding bestaan kan en waar deze perse niet bestaat, dan is het enkel deze.

Ik zal mij in de volgende bladzijden dus enkel bepalen tot die gevallen van schade, die veroorzaakt zijn door eenig vermogenssubject of object, en trachten in deze gevallen een leer der schadevergoeding op te bouwen enkel op objectieven grondslag.

Hiertoe moeten wij beginnen met eene zuivere probleemstelling, door afscheid te nemen van het oude, uit historische gronden te verklaren uitgangspunt, dat als grondbeginsel alle schade gedragen wordt door den direct getroffen persoon, tenzij hij in speciaal geënumereerde

gevallen de vereischte gegevens bewijzen kan, tengevolge waarvan hij de schade op anderen mag verhalen, hij recht heeft op schadevergoeding. Eigenlijk ligt dit oude uitgangspunt dus reeds in het woord schadevergoeding zelve, en hiermee dus tevens in den titel van dit geschrift! Het is mij echter niet mogelijk geweest een zuiverder woord te vinden, waarom ik het behouden heb, doch onder herhaalde vermelding dat er allerminst een principieel uitgangspunt door wordt uitgedrukt. [1]) Ik kan niet nalaten hier eenige regels van BINDING aan te halen die zuiver mijne bedoeling weergeven. [2]) „Das Juristische Problem besteht nicht darin zu bestimmen, wer eine fremde Vermögensbeschädigung zu ersetzen verpflichtet sei, sondern vielmehr darin, die Personen zu fixiren welche eingetretene Vermögensbeschädigungen definitiv zu tragen verpflichtet sind. Die Schadenersatzverbindlichkeit und die Verpflichtung erfahrene Schädigung selbst zu tragen, sind also inhaltlich identisch." Principieel neem ik dus afscheid van de prioriteit van den eigendomsband als rechtsgrond der schadevergoeding, doch zie er enkel in een van de gelijkwaardige factoren, die de verdeeling der schadelast beheerschen.

Welke zijn nu de andere factoren? Wij kunnen niet ontkennen, dat wij boven met velerlei ideeën in deze richting hebben kennis gemaakt! In aansluiting aan MERKEL en meerdere Duitsche schrijvers na hem, moeten wij beginnen met al dadelijk eene groote scheiding te maken tusschen die gevallen, waar de handeling of het gebruik maken eener zaak op zich zelve al reden genoeg voor aansprakelijkstelling is (men zie boven hoofdstuk II) en die gevallen, waar de handeling enz. op zich zelve niet

---

[1]) MATAJA komt op geheel gelijke overwegingen tot de uitdrukking: Ordnung der Schadenlast bl. VI. In het vervolg zal men enkele malen de woorden schadedraging en schadelast ontmoeten, welke mij echter voor titel minder geschikt leken.

[2]) I blz. 468. De spatieering is van BINDING zelf.

aansprakelijk maakt, maar pas dan dit gevolg heeft, indien men de handeling op eene bepaalde wijze pleegt of met de zaken op eene bepaalde wijze omgaat. Het bestaan dezer scheiding kan m. i. niet ontkend worden, en alle stelsels, die dit onderscheid dan ook niet erkennen — ik denk voornamelijk aan het zuivere causaliteitsprincipe — zijn juist om deze reden onaannemelijk.

Hoe is nu deze scheiding te trekken? Boven zagen wij kortelings de verschillende systeemen. De tegenwoordige, aldus historisch gegroeide toestand is, dat de gevallen, waar eene absolute aansprakelijkheid bestaat, geënumereerd worden. Daartegenover is nu het loffelijk streven van Merkel en Mauczka om alle gevallen, waar die zwakkere aansprakelijkheid geldt, onder één uitzonderingsnorm te brengen, die echter theoretisch al heel weinig waarde heeft en enkel het resultaat van practische overweging vormt. Beiden willen dan ook positief ingrijpen van den wetgever en wettelijke enumeratie van de gevallen der zwakkere aansprakelijkheid. Geheel analoog is de gedachtengang van Rümelin met dit verschil, dat deze schrijver conform de bestaande toestand enumeratie van de gevallen van absolute aansprakelijkheid verlangt.

Eene zuivere principieele grensscheiding is echter bij hen geenszins te vinden, wat trouwens niet anders te verwachten is! Immers zoolang in den rechtsgrond zelve niet tevens zijn eigen begrenzing ligt, m. a. w. zoolang er nog gevallen zijn waar deze rechtsgrond evenzeer principieel toe te passen zou zijn, doch ons rechtsgevoel of de maatschappelijke opvattingen zijne uitsluiting eischen, zoolang is iedere afscheiding zuiver willekeurig. En alle tot nu toe gevonden rechtsgronden gaan aan dit euvel mank. Zoowel het schuldprincipe (of ontdaan van de subjectieve elementen, de „gedraging tegen de verkeersopvattingen") als de verbinding van „belang" of van „gevaar" met aansprakelijkheid, al deze drie beginselen eischen algemeene gelding, de eerste aldus eene te enge, de twee laatsten eene te ruime aansprakelijkheid,

geheel leidend tot het BINDINGsche causaliteitsprincipe, met zich voerend. Immers is eene aansprakelijkheid van den meester voor zijne werklieden of machines niet zeer goed denkbaar zuiver op het schuldidee gebaseerd, en geschiedt niet anderzijds iedere handeling, ook die, waar positief geen absolute aansprakelijkheid bestaan kan, in iemands belang, tevens gevaar voor anderen met zich medevoerend?

Het grootste euvel van al deze beginselen is dus, dat zij ieder op zich zelf te ruim zijn, zoodat wij dus zullen moeten zoeken naar eene in den rechtsgrond zelve liggende beperking, welke dan tevens, wil zij zuiver zijn, eene principieele scheiding tusschen de absolute en de zwakkere aansprakelijkheid moet kunnen geven.

Wanneer wij nu zullen trachten in deze richting een poging te wagen, dienen wij in overeenstemming met de door ons gevolgde methode na te gaan, in welke gevallen in de praktijk de beide soorten aansprakelijkheid alzoo gelden, om dan te zien of soms hierin eene leidende gedachte te ontdekken valt.

Zeer gemakkelijk is het, de gevallen op te sommen, waar het ruimere beginsel, de absolute aansprakelijkheid, gelding vinden moet. De ontwikkelingsgeschiedenis van dit leerstuk is er oorzaak van: en in ons tweede hoofdstuk is eene verzameling der voornaamste gevallen te vinden. Anders is het met de gevallen, waar eene zwakkere aansprakelijkheid geldt! Toch kunnen wij ook hier wel eenig aanknoopingspunt vinden! Allereerst al aan de verschillende critieken op het algemeene BINDINGsche causaliteitsbeginsel. Immers waar men dit beginsel aanvalt, doet men dit immer, en terecht, door te beweren, dat het in vele gevallen veel te ver gaat. En als voorbeelden dier gevallen noemt men dan altijd: de „meest gewone handelingen", de dagelijksche verrichtingen enz. Niet anders RÜMELIN, de eenige, die werkelijk eene opsomming van de gevallen geeft waar deze zwakkere aansprakelijkheid gelden moet. Als zoodanig — wij zagen het boven reeds — noemt hij dan „die natürlichen Lebensfunktionen wie essen, trinken

schlafen, spazierengehen enz." Hiernaast kan nu nog de gewone concurrentie in den goeden zin des woords genoemd worden, iets wat wel geen nadere verklaring behoeft.

Is nu in al deze voorbeelden eenige gemeenschappelijke factor te ontdekken? Mij dunkt van *wel*. Het zijn alle *normale* menschelijke handelingen, die iedereen doet, die men van ieder verwachten kan, zoodat *iedereen hier een gelijk risico voor ieder ander doet ontstaan*. Tegenover elke kans op nadeel die iemand op deze wijze doet ontstaan, staat een gelijk risico van *allen* en *althans van den gelaedeerde* tegenover. Men begrijpt, dat deze laatste restrictie gemaakt wordt om ook de normale concurrentie hieronder te doen vallen. Immers hier schept ieder normaal concurreerend persoon een gelijken kans op nadeel, een gelijk *risico* voor zijne medeconcurrenten. Het is begrijpelijk, dat de *werkelijk geleden schade*, die van de samenwerking van zoovele andere „toevallige" factoren mede afhankelijk is, soms veel kan verschillen, doch dit doet natuurlijk niets ter zake.

Mijne conclusie uit deze redeneering is dus: Geene schadevergoeding kan gevorderd worden *indien tegenover het risico waartoe de schade is terug te voeren, een gelijkwaardig tegenrisico van den benadeelde staat*.

En indien deze conclusie eenige waarde heeft moet zij natuurlijk ook waar zijn in haar *positieven* vorm:

Er bestaat grond tot schadevergoeding indien tegenover het risico, waartoe de schade is terug te voeren, geen of een minder groot risico van de zijde van den benadeelde staat.

Laat ons nu eens nagaan of dit beginsel werkelijk als gemeenschappelijken rechtsgrond van alle schadevergoeding kan beschouwd worden.

Allereerst dan de gevallen waar eene zwakkere aansprakelijkheid geldt, waar dus om in de geijkte terminologie te blijven het schuldbeginsel bestaat, of zooals ik boven het noemde, pas schade vergoed wordt, indien on-

afhankelijk van eenig subjectief moment, de gedraging op eene tegen goede verkeersopvattingen indruischende wijze volvoerd wordt.

Hier lijkt mij de toepassing van den boven geformuleerden rechtsgrond zeer duidelijk.

Immers wij hebben hier te doen met de zooeven genoemde gevallen, waar men bij normale wijze van handelen een gelijk risico schept, als dat, 't welk van de zijde van den benadeelde ons treft. Schadevergoeding wordt hier pas gegeven als men niet de zorg van den goeden huisvader „die in Verkehr erforderliche Sorgfalt" toepast, m. a. w. indien men het in 't algemeen normale risico door zijne wijze van handelen eenzijdig verhoogt, zonder dat er van den gelaedeerde eene gelijke risico-verhooging te wachten is. Volgt deze wel, hebben wij dus te doen met een geval van „eigen schuld" dan vervalt weer de schadevergoeding.

Het wil mij toeschijnen, dat deze rechtsgrond even duidelijk te vinden is in de regelingen der absolute aansprakelijkheid. Men behoeft zich slechts te herinneren de boven in hoofdstuk II besproken gevallen. Het houden van dieren, gebouwen, machines enz. zijn alle even zoovele feiten, die eenzijdig het risico verhoogen zonder dat er een tegenrisico van den benadeelde tegenover staat.

In al deze gevallen wordt dus schadevergoeding gegeven omdat en dus ook in zooverre als wij met eene eenzijdige risicoverhooging te doen hebben. Wij vinden hierin dus tevens eene begrenzing der schade, en dat wel eene, die juist geheel overeenstemt met het grondbeginsel der adaequate Verursachungstheorie in haar zuiver objectieve RÜMELINSCHE gedaante. Dit blijkt ten duidelijkste in het leerstuk der ongevallenverzekering waarin gelijk wij zagen de causaliteitsvraag zulk een groote rol speelt. Ik behoef hiervoor enkel de zoo geroemde formule van ROSIN weer voor den geest te roepen om dit duidelijk aan te toonen. Immers ROSIN [1]) noemde als voor schade-

---

[1]) Men zie boven blz. 99.

vergoeding in aanmerking komende ongevallen die, welke „durch die besondere, d. h. über die Unfallgefahr des gewöhnlichen Lebens hinausgehende Gefährlichkeit eines Betriebes" zijn veroorzaakt.

Zeer zuiver blijkt ons beginsel zich ook te openbaren bij de verhouding der eigenaars van naburige erven, in den vorm waarin deze in de laatste wetgevende producten geregeld is. Immers ook hier draagt ieder door het enkele feit van het naast elkander liggen een normaal „ortsübliches" risico. Zoodra echter éénzijdig, hoe geoorloofd ook, dit risico boven het normale verhoogd wordt, moet hij, die dit risico veroorzaakt, ook de gevolgen ervan dragen.

Geheel gelijk is de toestand bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatig arrest, voorloopige hechtenis, onschuldige veroordeeling enz.

Ook hier wordt eenzijdig de kans — hier zelfs de zekerheid — op nadeel uitermate verhoogd, door eene buitengewone macht aan den beslaglegger enz. verleend. Hiertegenover staat dus consequent eene aansprakelijkheid voor alle schaden uit deze verhoogde macht ontstaan.

Een blik op de in het derde hoofdstuk achtereenvolgens genoemde tendenzen en ideeën, waarop door de schrijvers gewezen is, moet evenzeer ons vertrouwen op ons beginsel verhoogen. Immers terwijl het eensdeels geheel steunt op de verbinding van aansprakelijkheid met gevaar, op de RÜMELIN'sche Gefährdungsidee, doet het daarnaast aan de door STEINBACH e. a. vooral op den voorgrond gebrachte idee van het normale, de wederzijdsche gelijkheid, „das Masz des Gewöhnlichen und Ortsüblichen", welk idee door de latere met uitzondering van JUNG zeer veronachtzaamd was, weer volle recht weervaren.

Eene verbinding van de gevaaridee en de gelijkheidsidee, zooal niet met allen dan toch, men denke aan de concurrentie, met allen in gelijke omstandigheden.

Aan de derde boven aan het licht gekomen tendenz, nl. de idee van het belang, „das Interesse", mogen wij nu niet meer waarde toekennen dan wij boven bij MERKEL

vonden uitgedrukt, de functie nl. om, eerst nadat principieel van eene afwenteling der schade op iemand anders sprake is, den persoon aan te wijzen, die de schade moet vergoeden. In de meeste gevallen zal dit natuurlijk niet veel moeite geven. Soms echter, en ik denk hierbij vooral aan de aansprakelijkheid der groot-ondernemingen speciaal in hunne verhouding tot den arbeider, kan deze quaestie tot veel strijd aanleiding geven. Ik wil er hier na 't geen ik er boven van gezegd heb, niet nader op terug komen, te meer, waar de vraag voor ons onderzoek slechts bijkomstige waarde heeft.

Na aldus in ruwe trekken de toepassing van ons beginsel te hebben uiteengezet, dienen wij ons nu de consequenties, waartoe het noodwendig leiden moet, voor den geest te halen.

Zoo om te beginnen wat aangaat de hoogte der schadevergoeding.

Wanneer er slechts één risicoverhoogende factor aanwezig is — men denke aan een zeer eenvoudige schadetoebrenging door onachtzaamheid — dan is deze quaestie gemakkelijk op te lossen. Dan is natuurlijk de schade enkel een gevolg van de risicoverhooging, en of deze nu veel of weinig verhoogd is, dat maakt voor de gelding van het beginsel geen verschil. Enkel zal het ontstaan der schade dan minder dikwijls voorkomen — komt ze echter voor, dan is er evenveel reden voor schadevergoeding.

Dit zuivere geval komt echter lang niet altijd voor. Dikwijls zullen er onder de tot de schade medewerkende factoren meerdere zijn, die op zich zelve eene risicoverhooging vormen, welke invloed heeft op de draging der schadelast. Zoo de eigen schuld, zoo de samenwerking van een op zichzelf gevaarlijke machine met de schuld van iemand anders. Het is duidelijk, dat in deze gevallen eene schadeverdeeling plaats moet vinden naar gelang van de mate, waarin de samenstellende factoren het risico verhoogd hebben. Op deze wijze komen wij dus weer tot iets, dat zeer veel weg heeft van

het boven behandelde beginsel der afmeting van de schade naar de schuld, echter, dit zij uitdrukkelijk er bij vermeld, enkel in de gevallen waar verschillende, ieder op zich zelf tot schadevergoeding leidende factoren hebben samengewerkt.

Om echter de verhouding te weten te komen, waarin de verschillende factoren het risico hebben verhoogd, kan ons principe ons niet dienen, en, gelijk duidelijk is, evenmin bij de vraag welke risicoverhooging uitgaat boven het normale, boven het risico dat dus ook van den kant van den benadeelde ons treft? Het boven onderzochte en uiteengezette beginsel is het vaste, het levenlooze element, waarin het telkens wisselend, levend deel nog moet worden ingevoegd, het is de algebraische formule, waarin de telkens geldende waarde der factoren nog moet worden ingezet, welker waarde begrijpelijkerwijs nimmer uit onze formule zelve voortvloeien kan, doch van buiten af bekend moet zijn.

Het is juist dit feit, dit zich onthouden, dat aan onze formule haar algemeene gelding geven kan. Immers iedere formule, die het telkens wisselend element van de onderlinge waarde der factoren zou willen omvatten, is per se voorbestemd te falen, hetzij doordat ze niets geeft, hetzij doordat, wanneer ze iets geeft, ze in gelijke mate belemmerend moet werken. Dit moet men zuiver inzien. Enkel een aangeven van den lijn, waarin de rechter denken moet, een norm, als deze, anterieur aan de direct toepasbare rechtsnormen, kan het gansche gebied van het schadevergoedingsrecht omvatten. Men noeme dit dan ook niet, gelijk zoo dikwijls geschiedt, smalend een bewijs van onmacht van den wetgever, veel min gebruike men het als een argument tegen onze formule, of tegen andere die voor een speciaal deel hetzelfde bedoelen! En hoeveel dit laatste geschiedt kan eene lezing van de bestrijders van MOLENGRAAFF's denkbeelden — men denke aan LAND — leeren!

Neen, in mijn oog is dit alles geen bewijs van onmacht,

maar eindelijk eens een zuiver inzicht in eigen kracht, een bewijs van welbegrepen zelfbeperking van den wetgever, het is een breken, en nu voor goed, met het oude systeem van den wetgever, die alle menschelijke handelingen uitputtend wilde regelen en van den rechter wilde maken een geheel en al onzelfstandige, bloot mechanische controleur zijner beschikkingen.

De verhouding wetgever-rechter, ziedaar dus per slot van rekening de vraag, waar onze beschouwingen in het eind toe hebben geleid.

Reeds meermalen hebben wij dit vraagstuk geraakt, en even zoovelen malen konden wij constateeren, dat de drang van den tegenwoordigen tijd was naar verruiming van 's rechters taak en macht. In hoeverre de tendenz zich ook doet gelden buiten ons onderwerp kan hier in het midden gelaten worden. Enkel eene verwijzing naar de ook hier te lande telkens gehoorde stemmen tot wijziging van het Procesrecht in de richting van het nieuwe Oostenrijksche wetboek vinde hier eene plaats. [1])

Bovendien, te meer moet ons treffen, juist bij het schadevergoedingsrecht, die vrees voor eene ruime bevoegdheid des rechters, waar wij eene dergelijke bevoegdheid in allerlei andere gevallen klakkeloos zien aanvaard!

Ja, soms is deze bevoegdheid nog ruimer. Immers in het boven uiteengezette stelsel wordt den rechter tenminste nog eenig houvast gegeven, eenige richting van appreciatie, wat men toch, om slechts eenige gevallen te noemen, van het algemeen beroep op de goede zeden en openbare orde in art. 14 A. B. en niet minder in art. 1373 B. W. niet zeggen kan! [2])

---

[1]) Men zie o. a. de rede gehouden door Prof. HOUWING te Amsterdam 8 Januari 1906.

[2]) Men zie verder ROELFSEMA bl. 60 v.. MOLENGRAAFF bl. 393 v. enz. RÜMELIN zufall bl. 53, gründe bl. 24 en 69, MERKEL bl. 76, 97, 183. Men zie ook voor het d.b.G.b. WEIJL bl. 195. Ten slotte de meer genoemde rede van Prof. HOUWING. Zie echter in tegengestelden zin LAND bl. 47 v., passim. SIMONS bl. 37.

Het geven van deze grootere macht, dit eigen oordeel aan den rechter vindt ik met MERKEL „ebenso unvermeidlich als unbedenklich" en vooral meen ik, dat deze macht in het schadevergoedingsrecht niet gemist kan worden, aangezien wij juist hier in tegenstelling b.v. met het contractenrecht de zich voordoende gevallen niet kunnen brengen tot eenige groote groepen van normaalvormen, die zich telkens het zij dan met eenige afwijkingen weer voordoen, en wier beginselen telkens eene toepassing vinden.

Bij ons onderwerp is het anders. Daar wordt de aan het recht onderworpen verhouding niet vóórbedacht door partijen, daar wordt niet uitvoering of nakoming gevraagd van vooraf omlijnde verplichtingen, maar daar moet de rechter zelve de verplichtingen vaststellen uit toestanden en omstandigheden ontstaan buiten partijen om, die gelijk begrijpelijk is niet tot eenige groote groepen zijn te brengen, maar waar telkens eene andere feitelijke groepeering voorligt. Het eenige, dat al deze gevallen gemeen hebben is, dat zij leiden tot het opstellen van eenen vergoedingsplicht.

Toch zijn er, en dit ligt in den aard der zaak, wel eenige telkens in vrij gelijken vorm terugkeerende feitengroepeeringen, die onder algemeene hoofden te brengen zijn. Bij de verzameling van ons feitenmateriaal sprong dit duidelijk in het oog voornamelijk bij die gevallen van schadevergoeding, waar een handeling of toestand op zich zelve, onafhankelijk van de wijze, waarop die handeling werd gepleegd, eene verhooging van risico met zich mede bracht en dus leidde tot schadevergoeding. De „speciale" gevallen waar de z.g.n. absolute aansprakelijkheid reeds nu geldt, zijn alle voorbeelden hiervan.

Het is dus niets verwonderlijk en veeleer hoogelijk te prijzen, dat in deze gevallen de wetgever zich de zaak aangetrokken heeft en bij zijne regeling heeft uitgemaakt, wat als eene tot schadevergoeding leidende risicoverhooging in die speciale gevallen moet worden beschouwd.

Dit verschijnsel, dat dus uit een legislatief oogpunt niet

dan goedkeuring verdient, is echter in tweeërlei opzicht aan ons onderzoek zeer nadeelig geweest.

In de eerste plaats heeft het een helder inzicht in de algemeene beginselen van het schadevergoedingsrecht en ieder onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding in hooge mate bemoeilijkt. Immers het is er verre vandaan dat deze speciale gevallen der zgn. „absolute" aansprakelijkheid door den wetgever zijn behandeld als meest voorkomende vormen, waarin een algemeen beginsel zich in de praktijk voordeed! Wij hebben boven maar al te zeer gezien, dat deze gevallen veeleer als even zoovele uitzonderingen op het algemeene beginsel — het schuldprincipe — werden aangemerkt, uitzonderingen, die men slechts noodgedrongen en „uit praktische overwegingen" erkende, en waarvoor men telkens naar eenige bijzondere reden zocht, die in dat speciaal geval eene afwijking van den regel rechtvaardigde. Dat op deze wijze van een erkennen van een algemeen beginsel niet veel kwam, is begrijpelijk. Hierom moesten ook zoovele pogingen tot het vinden van een dusdanig beginsel falen! Immers de groote moeilijkheid was nu juist om, in al deze speciale en verschillende gevallen, een telkens weerkeerend element te vinden, welke moeilijkheid nog verhoogd werd, doordat er nu onder die verschillende gevallen nog meerdere waren, die in een vrij nauw verband met elkander stonden en bij welke dus telkens meerdere elementen gemeenschappelijk voorkwamen, wat, gelijk wij zagen, sommigen er toe geleid heeft meerdere gronden aan te nemen, die dan alle evenzeer als gelijkwaardige rechtsgronden van schadevergoeding zouden gelden.

In de tweede plaats — en dit heeft de zooeven geschetste moeilijkheid nog zeer vergroot — was het juist door die specialisatie vaak geheel onmogelijk een algemeen beginsel zuiver te ontdekken. Immers bij ieder speciaal geval werkten allerlei andere factoren mede tot de definitieve regeling. Naast factoren aan speciale verhoudingen ontleend, vonden wij boven allerlei invloeden als oeconomische draagkracht der

partijen, het idee der verzekering, der overdracht van risico tegen een gelijkwaardige verhooging van kosten anderzijds — men denke aan het vervoercontract — verder zuiver practische geldoverwegingen als bij de schadevergoeding voor preventieve hechtenis enz. enz.

Kortom bij al deze speciale gevallen vonden wij min of meer inwerking van, aan de zuivere beginselen van het schadevergoedingsrecht, geheel vreemde invloeden, en men zal zich dan ook herinneren, hoe juist deze overweging er ons toe geleid heeft meerdere gevallen, die ook eene regeling der schadevergoedingsplicht inhielden, eenvoudig onbesproken te laten, omdat het geheel ondoenlijk was de toevallige factoren van den werkelijken rechtsgrond te scheiden.

Slechts die gevallen, waar de algemeene beginselen minder door de toevallige omstandigheden zijn beïnvloed, waar de zgn. Kompromisznatur des Rechts[1]) minder haar invloed heeft doen gelden, heb ik tot grondslag van mijn betoog genomen.

Ten slotte wil ik nog wijzen op een tendenz, die wij voornamelijk ontmoeten bij de gevallen van aansprakelijkstelling van niet-toerekeningsvatbaren, n.l. het letten op het vermogen van den schadetoebrengenden persoon, op zijn „oekonomische Tragfähigkeit." Naar veler meening, waaronder UNGER in de eerste plaats, was zelfs bij de niettoerekeningsvatbaren het feit van welgesteld zijn een reden om dien persoon tot schadevergoeding te veroordeelen. Richesse oblige! Boven hebben wij reeds hiermee afgerekend, en het is ons gebleken dat wij een beroep op die oeconomische draagkracht in dit geval enkel moesten beschouwen als een soort dekmantel, waaronder deze groote afwijking van het schuldprincipe moest worden binnengeloodst. Het is bovendien — MAUCZKA bl. 154 v. heeft hier terecht op gewezen — niet te verklaren, waarom deze „rechtsgrond" wel zou werken bij niet-toerekeningsvat-

[1]) Men zie hierover o. a. A. MERKEL in HOLTZENDORFF's Encyclopädie bl. 16 v., UNGER bl. 130 en andere daar genoemde auteurs.

baren en niet bij de overige gevallen van aansprakelijkstelling! Neen, hoogstens kunnen wij in dit beroep op de oeconomische draagkracht eene speciale toepassing zien van het gansch algemeene en zeer begrijpelijke standpunt van den wetgever dat, hoezeer ook de maatschappij gebaat wordt door eene zuivere rechtsbedeeling, toch deze rechtsbedeeling nimmer zóóver gaan mag, dat hierdoor aan eenig individu absoluut alle bestaansmiddelen ontnomen worden en deze dus tot geheele armlastigheid zou vervallen. In dat geval zoude het, in theoretischen zin zoo zuiver mogelijke middel in zijne oeconomische gevolgen erger zijn dan de kwaal!

Uitingen van dit algemeene standpunt vinden wij in het Procesrecht. Men zie b.v. Rv. artt. 447 en 448, art. 21 der Faillissementwet. [1]) Ook bij het leerstuk der schadevergoeding vinden wij eene dergelijke bepaling in onze wet n.l. B. W. art 1407 2e lid, 1408 2e lid. Geheel gelijk is de toestand daar evenwel niet, aangezien deze artikelen feitelijk meer de hoogte der schadevergoeding bij beleediging, verwonding enz. regelen en dus voor een opvatting als de hier behandelde hoogstens ruimte laten, er echter niet met zoovele woorden toe dwingen.

Hiermee zijn wij aan het slot onzer theoretische beschouwingen gekomen. Indien ik in het kort de resultaten zou willen samenvatten, waartoe de afgelegde weg ons heeft geleid, dan is dit wel in de allervoornaamste plaats de vaste overtuiging, dat wij bij het leerstuk der schadevergoeding staan tegenover een langzaam proces, dat onafhankelijk van toevallige legistatieve uitingen, onafhankelijk van dwang en voorstellingen van auteurs en jurisprudentie, die als evenzoovele remmende invloeden dit proces trachten tegen te houden, met gewisheid stuurt

---

[1]) Men vergelijke de nieuwe Duitsche Civ. Pr. Ordn. § 811 en § 850: zie MAUCZKA bl. 154—166 met talrijke aanhalingen van anderen. Verder o. a. de meeste bovengenoemde schrijvers LOENING bl. 122, STEINBACH bl. 87, RÜMELIN GRÜNDE bl. 70, MERKEL bl 155 e. a.

naar het helaas in vele opzichten nog ver verwijderde doel: het laten vallen van alle subjectieve momenten in de schadevergoedingsactie en het vormen van deze tot eene zuivere objectieve vermogensactie. Wij zagen hoe vooral in de meest eenvoudige gevallen van schadetoevoeging, waar men nog algemeen aan het schuldprincipe — men vrage echter niet in hoe onzuiveren vorm! — vasthoudt, dit proces nog weinig heeft uitgewerkt, en meenden hierin juist het groote struikelblok voor eene terugvoering van alle gevallen tot een groot beginsel te vinden.

Wat tenslotte dat algemeene beginsel betreft naar welks zuivere doorvoering het genoemde proces heenstuurt, wij zouden het nu in zijn meest eenvoudigen vorm aldus kunnen formuleeren:

Rechtsgrond der Schadevergoeding is iedere risicoverhooging boven het normale, het zij in het algemeen, het zij bij eene speciale groep personen.

Aldus luidt het beginsel in zijn ruimste formuleering, welke tevens direct leidt tot de volgende consequentie:

Het recht op schadevergoeding vervalt, indien eene gelijke risicoverhooging van de zijde van den benadeelde daar tegenover staat.

Deze consequentie behoeft bijna geen betoog. Immers indien eene risicoverhooging eene positieve vergoedingsplichtscheppende werking heeft, staat hier van zelve eene gelijke negatieve vergoedingsplichtvernietigende werking tegenover.

Hoe duidelijk en van zelf sprekend deze conclusie echter ook is, zoo is het toch niet onnoodig er nog eens uitdrukkelijk op te wijzen aangezien aldus eene principieele erkenning van het recht op vrije eerlijke concurrentie is verkregen, iets wat als een niet te gering voordeel van ons beginsel mag beschouwd worden, te meer waar de meeste andere schrijvers, zoo zij al deze

vraag niet geheel negligeerden, hier met zeer gewrongen en naar oude natuurrechtelijke opvattingen riekende constructies kwamen aandragen. [1]) Toch verdiende dit recht op vrije concurrentie werkelijk wel eene betere rechtvaardiging, aangezien het een van de grondslagen is van de tegenwoordige maatschappelijke inrichting. Immers de bovengenoemde consequentie van ons principe geldt lang niet enkel bij de gevallen waaraan men onwillekeurig bij het woord vrije concurrentie denkt, nl. aan den strijd om het bestaan tusschen handelslieden, industrieelen enz., maar feitelijk overal. Evengoed bij het loopen door drukke straten als bij vergelijkende examens! Zoo zal nooit iemand er over denken mij tot schadevergoeding te veroordeelen wanneer ik een fractie eener seconde eerder de laatste plaats in een tram bezet, waardoor een ander den trein en wie weet wat misloopt! Toch hebben wij hier met even zoovele toepassingen te doen van hetzelfde idee der „aemulatio" van het „freies Wettbewerb", of hoe men dit beginsel anders wil noemen.

Eene tweede directe consequentie van ons algemeen principe is deze, dat, *indien van de zijde van den benadeelde eene geringere risico-verhooging tegenover staat, deze in dezelfde mate invloed heeft op de hoogte der schadevergoeding.*

Ook van deze consequentie, waarvan de vorige feitelijk slechts het grensgeval is, hebben wij boven de toepassing gevonden bij de bespreking van den invloed der eigen schuld. In dezelfde mate als de risicoverhooging, die in de verminderde zorgvuldigheid van den benadeelde gelegen is, tot de schade heeft medegewerkt, in diezelfde mate moet hij deze zelf dragen.

Aldus komen wij ook direct tot de *verdeeling der schade over meerderen, welke hebben medegewerkt tot het ontstaan der schade, en dat*

---

[1]) Zie de verwijzing naar LAND boven bl. 43 noot 2. Deze moeilijkheid is ook zeer goed in het licht gesteld door MAUCZKA bl. 126. v.

wel naar verhouding van de mate waarin zij tot de risicoverhooging hebben medegewerkt.

Dit alles in ieder speciaal geval uit te maken naar zijn eigen gezond verstand, zijn eigen waardeeringsoordeel, is en — gelijk boven in den breede is uiteengezet — moet ook zijn de taak van den rechter. Dat deze lang niet gemakkelijk is, behoeft wel geen betoog. Meer er over te zeggen is hier echter, waar generaliseering ondoenbaar is, niet mogelijk. [1])

Zoo rest ons dan nu ten slotte nog zeer in het kort den tegenwoordigen stand onzer wetgeving te toetsen aan het hier uiteengezette groote grondbeginsel, en tevens na te gaan, hoever wij nog van eene zuivere toepassing van dit beginsel verwijderd zijn.

Eerst dan wat betreft de gevallen, waar wij naar de op bl. 137 gemaakte onderscheiding te doen hebben met schade toegebracht door eene handeling, die niet reeds op zich zelve eene risicoverhooging vormt maar dit pas wordt door de wijze waarop zij gepleegd wordt.

Deze gevallen worden in ons geldend recht geregeld door art. 1401 B.W. Na de uitvoerige bespreking die ik in het Ie Hoofdstuk aan de elementen dezer actie heb gewijd is het thans voldoende enkel de conclusies, waartoe wij hier geraken, kortelings mede te deelen.

Primo het subjectieve element, het idee der toerekeningsvatbaarheid. Hier staat ons geldend recht nog geheel op het oude schuld-standpunt, dat hier nog zuiver — voor zoover wij dit woord mogen gebruiken — wordt doorgevoerd. Dit zal men dus moeten laten vervallen en ook

[1]) Om een voorbeeld te geven hoe soms toch nog wel wettelijke ingrijpen mogelijk is, wil ik verwijzen naar de boven besproken invloed der eigen schuld van den werkman in het vraagstuk der ongevallenverzekering. Immers hier heeft de wetgever — allicht tevens door oeconomische motieven (zie boven bl. 99) geleid — uitgemaakt, dat tegenover de risicoverhooging, die ligt in het bedrijf zelve, die van de mindere zorg van den werkman indifferent is.

bij deze algemeene schadevergoedingsactie moeten komen tot eene aansprakelijkstelling van alle vermogenssubjecten onafhankelijk van ieder strafrechtelijk toerekeningsidee.

Wat het objectieve element aangaat, zoo heb ik boven uitvoerig als mijne conclusie aangaande de enge door onze H. R. o. a. gehuldigde opvatting uiteengezet, dat deze voor zoover ze strafrechtelijke normen toepasselijk verklaart te eng is en voor zoover het burgerrechtelijke normen zijn dit wel ongeveer altijd neer zal komen op het ruime standpunt, waarnaast dan nog het groote bezwaar staat, dat bij de tallooze niet geregelde menschelijke verhoudingen deze opvatting alle schadevergoeding, hoe billijk ook, onmogelijk maakt.

Wat hiernaast de ruime opvatting aangaat, deze verdient, als directe toepassing van mijn bovengenoemd grondbeginsel alle ondersteuning. Immers volgens deze opvatting — die het begrip onrechtmatig geheel identifieert met het boven als zoo levensvatbaar bevonden objectieve schuldelement — maakt iedere handeling dán aansprakelijk wanneer zij niet gepleegd wordt met de in een goed verkeer vereischte zorgvuldigheid, d. w. z. wanneer de persoon in quaestie door zijn geringe zorg de kans op nadeel vergroot en er dus van zijn kant eene eenzijdige risicoverhooging plaats vindt.

Een regeling overeenkomstig de door mij voorgestane beginselen zou dus ongeveer zoo moeten luiden:

Iedere gedraging — dus onafhankelijk of de schadetoebrengende persoon toerekeningsvatbaar is of niet — welke geschiedt op eene wijze, die men in een goed verkeer niet behoeft te verwachten, geeft recht op vergoeding der daaruit voortvloeiende schade.

Hieraan zou dan een tweede lid kunnen worden toegevoegd waarin werd vermeld, dat iedere gedraging, die valt onder eenige strafrechtelijke of burgerrechtelijke norm, reeds daardoor

tot eene zoodanige gedraging wordt gestempeld. Aldus zouden wij n.l. recht doen wedervaren aan de opvatting der H. R., die, hoe verwerpelijk ook in algemeenen zin, toch dit eene voor heeft dat zij er ons uitdrukkelijk op wijst, dat, indien wij reeds over eenige speciale norm beschikken, het wel dom ware deze niet in dankbaarheid te aanvaarden. [1])

Bij de tweede groep gevallen, waar eenig feit reeds op zich zelve onafhankelijk van bijkomstige elementen eene eenzijdige risicoverhooging vormt en dus tot schadevergoeding aanleiding geven moet, is het dienstig, weer dezelfde scheiding te maken, die wij reeds in ons 2e hoofdstuk bij de bespreking van de verschillende hier geldende bepalingen hebben vooropgesteld, n.l. de verdeeling in aansprakelijkheid voor personen voor zaken en voor speciale handelingen.

a. Aansprakelijkheid voor personen.

Hier treffen wij allereerst aan art. 1403 2e en 4e lid welke bepalingen eene aansprakelijkstelling inhouden van ouders, onderwijzers enz. Het is duidelijk, dat een afscheid nemen van den eisch der toerekeningsvatbaarheid bij de algemeene schadevergoedingsactie ook op deze bepaling grooten invloed zou hebben, ja haar feitelijk overbodig zou maken. Wilde men haar echter als een soort garantie voor den benadeelde behouden, dan zou het aanbeveling verdienen de genoemde personen subsidiair, maar dan tevens absoluut, aansprakelijk te stellen. Ik wil er evenwel uitdrukkelijk op wijzen dat deze aansprakelijkstelling niet op het boven ontwikkelde grondbeginsel berust, doch enkel door oeconomische utiliteitsoverwegingen wordt ingegeven.

De aansprakelijkheid voor werklieden en ondergeschikten

---

[1]) Zoo zoude het misschien ook aanbeveling verdienen een speciaal artikel te wijden aan de oneerlijke concurrentie, maar dan natuurlijk een dat zoo ruim mogelijk alles omvat, waarvoor ik verwijs naar de artikelen in het d,b.Gb. en het Zwitsersche Ontwerp op bl. 50 aangehaald.

is, afgezien van de slechte, en bovendien gelijk wij zagen gevaarlijke woordenkeus, in art. 1403 3e lid B. W. voldoende geregeld en geheel overeenkomstig ons beginsel.

b. Aansprakelijkheid voor *zaken* in het algemeen.

Ook art. 1404 B. W. dat de aansprakelijkheid voor dieren vestigt, is voldoende en in overeenstemming met ons grondbeginsel, natuurlijk mits men het artikel toepasse gelijk het daar ligt en niet uit de ook al weer gevaarlijke woorden elementen gaat afleiden, die niet te vinden zijn. Immers het feit van het houden, althans gebruiken van dieren is evengoed als in het vorige geval het gebruiken van ondergeschikten eene omstandigheid waardoor men eenzijdig kans op nadeel schept, althans verhoogt.

Minder voldoende kan daarentegen ons recht genoemd worden bij de regeling der aansprakelijkheid voor levenlooze zaken.

Immers wat hebben wij hier. Naast het zeer twijfelachtige art. 625 B. W. enkel art. 1405 de aansprakelijkheid voor het instorten van gebouwen, de bepalingen der Spoorwegwet, die in enkele gevallen, en dan nog maar met omkeering der bewijslast, eene ruimere aansprakelijkheid statueeren, en ten slotte uit den laatsten tijd de Ongevallenwet, die de aansprakelijkheid van den werkgever tegenover den werkman geheel in overeenstemming met ons beginsel heeft vastgesteld. Dat dit geheel en al onvoldoende is, zal niemand durven ontkennen! Neen, ook hier zullen wij moeten komen tot eene zoo ruim mogelijke absolute aansprakelijkheid voor alle zaken zonder uitzondering. Ik geef gaarne toe, dat — om van de slotwoorden van art. 1403 1e lid B. W., 1384 Cc. maar niet te spreken — nog geen enkele bestaande wetgeving eene dusdanige bepaling bezit. Practisch komt evenwel de regeling van het d.b.G.b. en het Schw. Obl. R. vrijwel hierop neer, terwijl het nieuwe Zwitsersche ontwerp en niet minder het Hongaarsche ontwerp er zoo mogelijk nog meer toe genaderd zijn. Dit alles is boven in het 2e hoofdstuk in den breede behandeld.

Een algemeene aansprakelijkheid voor *alle zaken*

voortvloeiend uit de risicoverhooging, welke ligt in het enkele feit, dat men eenige zaak bezit, althans gebruikt — ziedaar de regeling, die ik hier zou willen voorstellen. Dat zij reeds meermalen feitelijk geldt is ons boven gebleken toen ik wees op het hoe langer hoe veelvuldiger gebruik, dat de lagere Fransche colleges maken van het bewuste art. 1384 1e lid Cc. (1403 B. W.)

Naast deze algemeene regeling is nu natuurlijk regeling van speciale gevallen dezer aansprakelijkstelling niet alleen niet af te keuren, maar zeer toe te juichen. Natuurlijk in die gevallen, waar men wel van eene aansprakelijkheid voor zaken spreken kan, doch eene die niet valt onder dezen regel doch veeleer onder den algemeenen regel van art. 1401. Ik bedoel de verhouding van eigenaars van aanliggende erven. Immers hier kan men niet spreken van van eene eenzijdige risico verhooging, maar hier bestaat veeleer ook van de zijde van den benadeelde een gelijk, tegengesteld risico. In dit geval zal dus pas recht op schadevergoeding bestaan indien eenzijdig het risico boven het normale wordt verhoogd, indien dus buitengewone nadeelen worden toegebracht. Eene regeling gelijk aan die van het d.b. Gb. en vooral van het Zwitsersche Ontwerp art. 675, aangehaald op bl. 47, moet dus hier worden aangenomen.

Echter ook in die gevallen, waar wij met eene zuivere toepassing van den algemeenen regel aangaande de aansprakelijkheid voor zaken te doen hebben, is speciale regeling hiernevens toe te juichen. Immers alleen op die wijze kan men in ieder speciaal geval de „Kompromisznatur" van het positieve recht tot haar recht laten komen, doordat men dan uit allerlei andere overwegingen, voor welker bespreking ik alweer naar mijn 2e hoofdstuk verwijs, kan geraken hetzij tot schadedeeling in enkele speciale gevallen hetzij tot opheffing der aansprakelijkheid voor speciale oeconomisch zeer zwakke categoriën enz. Als grondbeginsel moet men evenwel vasthouden aan de boven vermelde algemeene aansprakelijkstelling.

c. Aansprakelijkheid voor speciale handelingen.

In tegenstelling met het vorige geval zou ik hier op enumeratie willen aandrlngen. Niet enkel omdat een begrip als „handelingen die reeds op zichzelve eene risicoverhooging vormen" hoe begrijpelijk ook uit een theoretisch oogpunt, onmogelijk als wettelijke definitie zou kunnen worden aangenomen, maar ook omdat eene enumeratie der zeer heterogene gevallen, die hiertoe behooren, gemakkelijk is te volbrengen.

Aan het eind van mijn 2e hoofdstuk heb ik reeds kortelings de voornaamste gevallen, die hiertoe behooren, besproken. Het waren de aansprakelijkheid voor schade door eene in noodstand verrichte handeling toegebracht, voor schade tengevolge van later vernietigd conservatoir arrest of faillissementsverklaring, en ten slotte voor het nadeel dat onschuldig veroordeelden en in hechtenis gestelde doch later vrijgesproken personen hebben geleden.

Bij deze gevallen zou ik telkens eene absolute aansprakelijkheid, dus onafhankelijk van opzet of schuld, in de wet willen zien neergelegd, doch ik wil er tevens op wijzen dat ook hier, voornamelijk in het laatste geval, andere factoren en overwegingen een grooten invloed op de ten slotte in de wet neer te leggen regeling kunnen hebben.

Hierbij wil ik het laten, niet enkel omdat deze opmerkingen niet direct bij mijn theoretisch betoog behooren doch tevens en wel voornamelijk omdat het mij gansch onmogelijk is alle elementen die bij een regeling in de praktijk vooral van de tweede groep gevallen in aanmerking moeten komen, ook maar eenigszins te overzien. Indien er dan ook zelfs onder deze weinige opmerkingen eenige mochten zijn, die min juist zijn, zoo wijte men dit — althans voorzoover ze er niet een directe toepassing van vormen — vóóral niet aan mijn theoretischen grondslag.

Uitgewerkte regelingen geven was allerminst mijne bedoeling en kon dit uiteraard ook geenszins zijn. Enkel

heb ik getracht allereerst een onpartijdig overzicht te geven van den stand der wetgeving op dit gebied in de meeste beschaafde staten — wat aan meer bevoegden een hulpmiddel voor practische toepassing moge zijn — doch daarnaast en wel voornamelijk aan te geven het groote grondbeginsel, waarvan men principieel bij alle speciale regelingen uit zal moeten gaan, wel er van bewust, dat dit enkel vormt den rechtsgrond der schadevergoeding en dat alle verdere toevallige factoren in ieder speciaal geval slechts evenzoovele momenten zijn, die met den werkelijken rechtsgrond niets te maken hebben.

Dit idee te vestigen, er toe mede te werken, dat in het besef van eenheid van grondslag naar meerder eenheid van uitwerking worde gestreefd, wil de hoofdbedoeling zijn van mijn geschrift. Indien de resultaten luttel zijn dan trooste ik mij met de overtuiging, die JHERING uitspreekt aan het eind van zijn hierboven zoo dikwijls aangehaald „Schuldmoment" en waarvan ook ik bij de bestudeering van dit onderwerp meer en meer doordrongen ben, nl. „die Ueberzeugung von dem Walten höherer allgemeinerer Gedankenmächte auf dem Gebiete des Rechts, die Anschauung der stillen, geraüschlosen Arbeit der Ideën, die unmerklich und vielleicht dem Werkzeug selber unbewusst, Atom zu Atom hinzufügend, sich über Jahrhunderte und Jahrtausende hinzieht, bis das Werk vollbracht ist und das Recht neugestaltet und verjüngt dasteht."

Indien de objectieve idee, welke ik in de voorgaande bladzijden heb trachten na te speuren, werkelijk eene dusdanige „höhere allgemeinere Gedankenmacht" is, — en dit is mijne vaste overtuiging — dan heeft zij dus ook mijne zwakke ondersteuning niet van noode, doch zal zij uit eigen kracht voorwaarts schrijden tot haar welomlijnd doel.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Zoolang niet de wet zelve tot eene bepaalde opvatting dwingt, is de rechter geheel vrij zijne interpretatie in te richten naar eischen van praktijk en maatschappelijk belang.

II.

Voor ons geldend recht verdient de opvatting van Prof. MOLENGRAAFF aangaande Art. 1401 B. W. verre de voorkeur.

III.

De overeenkomst, waaruit eene voorwaardelijke verbintenis voortvloeit, is een species van het genus kans-overeenkomst.

IV.

Art. 1399 B. W. is niet te rechtvaardigen.

V.

Ook zonder algeheele herziening van de grondbeginselen van ons procesrecht kan en behoort de onsplitsbaarheid der bekentenis te vervallen en de exhibitieplicht aangenomen te worden.

VI.

Indien enkel eene bepaalde geldsom geëischt is, staat het volgens geldend recht den burgerlijken rechter niet vrij een lager bedrag toe te wijzen, doch moet hij, indien niet de geheele som toegewezen kan worden, de eisch afwijzen.

VII.

Wanneer in eersten aanleg eene faillietverklaring is uitgesproken, kunnen daarna opgekomen bereidverklaringen tot borgstelling niet leiden tot het vernietigen der faillietverklaring in hooger beroep.

VIII.

Zoowel dispensatie als het verbinden van voorwaarden aan eene vergunning of concessie zijn bevoegdheden die uit hun aard niet aan het uitvoerend, doch aan het regelend gezag toekomen. Enkel bij speciale opdracht, waarin zijn aangegeven de gronden, waarop de dispensatie of het verbinden der voorwaarde steunen moet, mag hier het uitvoerend gezag ingrijpen.

IX.

Bij het arrest van den H. R. d.d. 20 Jan. 1854 W. 1510 waarbij terecht is uitgemaakt, dat makelaars door den Raad moeten benoemd worden, is eene

principieele scheiding gegeven tusschen de begrippen »medewerken aan de uitvoering van regelingen van hooger hand" en »regeling van zaken behoorend tot de eigen huishouding der Gemeente".

X.

Het is na de vergeefsche poging in 1887 te wenschen dat bij de komende Grondwetsherziening door invoeging van het woord »zoodanig" vóór »gemeente-eigendom" in Art. 146 G.W. de ongrondwettigheid van Art. 194 der Gem. wet worde opgeheven.

XI.

Intrekking van eenig voorstel van wet nà aanneming door de Tweede Kamer behoorde der Kroon enkel vrij te staan met toestemming dier Kamer.

XII.

De door den H. R. bij zijn arrest van 29 Dec. 1902 W. 7856 gehuldigde opvatting aangaande het begrip »hazardspel", als zouden hieronder enkel vallen die spelen, welker uitkomst alleen afhankelijk is van het toeval, is te eng.

XIII.

De normen van Art. 2 1° der Wet op de Krijgstucht van 27 April 1903 St. 112 blijven, niet minder dan die van Art. 27 van het nu nog geldend Reglement op de Krijgstucht, verre beneden de eischen van vastheid en scherpe omlijning, die uit een oogpunt van rechtszekerheid voor den militair aan dergelijke normen mogen worden gesteld.

XIV.

Wanneer in de gevallen van Art. 224, 2e lid Strafv. de beklaagde bij het uitspreken van het vonnis niet is aanwezig geweest, begint de termijn voor het beroep in cassatie te loopen van den dag, waarop het vonnis hem is voorgelezen.

XV.

Volgens ons geldend recht bezit de politie niet de bevoegdheid een kenlijk beschonken persoon tijdelijk in bewaring te stellen.

XVI.

Het is verkeerd bij de lex Aquilia in het woord „iniuria" eene omschrijving van den aard der schadetoebrengende handeling te zien.

XVII.

De opvatting, als zoude kapitaal tot de minst verplaatsbare zaken behooren, is in den tegenwoordigen tijd niet meer houdbaar.



